



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

**SEMINARIO WIKI
GRADO EN DERECHO
Derecho Internacional Privado
Área de conocimiento
Curso 2017/2018**

**DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN LAS
TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA:
ESPECIAL REFERENCIA A LA GESTACIÓN POR
SUSTITUCIÓN TRANSFRONTERIZA**

Coordinadora:

ALICIA MARCOS VÁZQUEZ

© Autores

CARMEN GIL PÉREZ

ANA GONZÁLEZ CRUZ

ANDREA GONZÁLEZ JIMÉNEZ

TAMARA GONZÁLEZ MARTÍN

PABLO GONZÁLEZ MENDO

DANIEL FRANCISCO GUERRA BLANCO

LEIRE HERRERO AGUIRRE

AINARA IBÁÑEZ TAMAYO

MÓNICA LÓPEZ VALLE

ALICIA MARCOS VÁZQUEZ

FRANCISCO JOSÉ MORENO SALAS

Profesora responsable:

ANTONIA DURÁN AYAGO

ÍNDICE

1.Regulación de las técnicas de reproducción asistida. Especial referencia a la gestación por sustitución.....	5
1.1. Introducción.....	6
1.2. La regulación española.....	8
1.3. Un caso particular: breve referencia a Marruecos.....	23
2. Problemas de reconocimiento en España de la filiación habida a través de gestación por sustitución	24
2.1. Introducción.....	24
2.2. Análisis de la RDGRN de 18 de febrero de 2009.....	24
2.2.1. Consideraciones previas sobre las normas de acceso al Registro Civil	24
2.2.2. Análisis.....	25
2.3. Análisis de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010.....	26
2.4. Análisis de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011.....	28
2.5. Contexto de la sentencia 825/2013, del tribunal supremo, de 6 de febrero de 2014.....	31
2.5.1. Cuestiones suscitadas en el recurso de casación.....	31
2.5.2. Análisis del TS.....	32
2.5.3. Costas y fallo.....	35

2.5.4. Voto particular.....	36
2.5.5. Análisis pormenorizado de las cuestiones suscitadas en el recurso de casación.....	37
2.6. Auto del TS nº 335/2015, de 2 de febrero de 2015.....	40
2.6.1. Resumen de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo.....	41
2.6.2. Similitudes y diferencias entre los casos franceses y el caso español.....	42
2.6.3. Conclusión.....	43
2.6.4. Voto particular.....	45
2.7. ¿La solución al problema? Análisis de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.....	45
2.8. Novedades que aporta la Ley 20/2011, del Registro Civil.....	51
2.9. Conclusiones.....	52
3. TEDH y gestación por sustitución.....	53
3.1. Introducción.....	53
3.2. Las SSTEDH de 26 de junio de 2014, asunto Mennesson c. Francia y Labassee c. Francia.....	53
3.3. Caso Foulon y Bouvet contra Francia.....	58
3.4. Laboire contra Francia.....	59
3.5. Paradisso y Campanelli contra Italia.....	60
3.6 La tesis del TEDH. La cuestión del Orden público Internacional del Estado de destino.....	64
3.7. Disparidad en la doctrina judicial española en relación con la del TEDH.....	65
3.8. Reflexiones críticas y análisis crítico. Doctrina del TEDH.....	66
3.9. Conclusiones.....	67
4. Trabajos de la Conferencia de La Haya en materia de gestación por sustitución.....	68
5. Bibliografía.....	82

1. REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. ESPECIAL REFERENCIA A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

1.1. INTRODUCCIÓN

Actualmente existe un turismo procreativo internacional. Cada año se desplazan de un país a otro (dentro del contexto europeo) unas 25.000 mujeres. España es uno de los destinos clave de este turismo y es que posee una regulación legal de la reproducción asistida que permite numerosas prácticas. De hecho, España es líder europeo en técnicas de reproducción asistida¹.

Son varias las técnicas de reproducción asistida que se contemplan en nuestro país y es que España admite todas las técnicas médicas posibles excepto la gestación por sustitución y la selección del sexo del nacido. La ley española prohíbe la selección de sexo, salvo para evitar la transmisión de enfermedades genéticas ligadas al cromosoma X, como es el caso de la hemofilia A².

Así pues, las técnicas contempladas en España son³:

- Fecundación in vitro: es la más utilizada. Se extraen los óvulos y se ponen en contacto con una muestra de semen para que se produzca la fertilización. Posteriormente se transfiere el embrión al útero de la mujer.

- ICSI o inyección intracitoplasmática de espermatozoides: Es similar a la fecundación in vitro convencional. La diferencia es la forma de fecundación de los óvulos. En esta técnica se selecciona el mejor espermatozoide y se introduce en el útero. Posteriormente, se introduce el embrión en el útero de la madre.

- La donación de óvulos: es la técnica con mayor tasa de éxito (50%). Se compensa económicamente a las mujeres donantes puesto que es necesario una intervención. Ovodonación, se realiza una FIV (Fecundación in vitro) con la peculiaridad que los óvulos son de una donante y los espermatozoides son de la pareja receptora o de un tercer donante.

- Fecundación intrauterina o inseminación artificial: el semen se introduce en el útero durante la fase de ovulación de la mujer tras haber sido tratado en el laboratorio.

¹ RODRÍGUEZ PINA, GLORIA, “*El país*”, ED: 04-07-2017, consultado el 9 de noviembre de 2017.

² CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado, V.II*, Comares, Granada, 2017, p. 389.

³ “*Técnicas de reproducción asistida*”, disponible en www.reproduccionasistida.org, consultado el 9 de noviembre de 2017.

La gestación por sustitución es una de las cuestiones que en la actualidad es objeto de debate en diversos países del mundo. Se trata de una práctica que se encuentra permitida legalmente en varios países y que se practica por parte de personas pertenecientes a diferentes espectros sociales e ideológicos⁴.

Esta técnica está siendo objeto de un intenso debate político, social y moral. La regulación difiere de una manera sustancial entre unos países y otros. Llegando a estar totalmente prohibida en unos casos y permitida en otros incluso cuando hay de precio de por medio.

En base a diversos estudios epidemiológicos efectuados, la esterilidad afecta al quince por ciento de la población; esto principalmente se debe a la edad tardía en que las personas deciden comenzar a tener hijos y este retraso, en la maternidad, hace que aumenten las dificultades para poder concebir.

Uno de los motivos que han provocado la proliferación de este método es la esterilidad. Varios estudios epidemiológicos afirman que la esterilidad afecta al quince por ciento de la población. Este descenso de fertilidad se debe, sobre todo, a que la edad para la maternidad y paternidad se han pospuesto durante las últimas décadas.

Ante la imposibilidad natural de poder concebir hijos, las parejas, tras someterse a todo tipo de tratamientos costosos y en muchas ocasiones ineficaces, ya sea a través de la fecundación in vitro o a través de otras técnicas, consideran como una última opción la gestación por sustitución. Pero el auge de la gestación por sustitución no se debe únicamente a la disminución de la fertilidad, sino que, además, los tratamientos reproductivos son muy costosos y muchas veces no tienen la eficacia esperada.

No obstante, a pesar de que esta técnica de reproducción asistida se encuentra prohibida en diversos países, se realiza de forma regular en aquellos países que está permitida y resulta ser la última instancia para las personas que quieren formar una familia o tener hijos biológicos y no disponen de otros medios para ello.

La gestación por sustitución consiste en el encargo realizado por una persona o una pareja a una mujer que, gratuitamente o cambio de una contraprestación económica, se compromete a gestar en su vientre al futuro hijo de aquellos, que les será entregado una vez que se produzca el alumbramiento, renunciando la gestante a todo derecho que pudiera ostentar sobre el menor.

Sin embargo, es indudable que estos avances médicos ofrecen nuevas opciones en materia de reproducción asistida e investigación, pero también ocasionan diversos problemas éticos, morales, económicos, sociológicos que hacen que sea necesario una regulación eficaz que proteja los intereses de los afectados; pero por encima de todo los intereses de los niños, ya que estos son la parte más débil, más vulnerable.

No obstante, el uso de este tipo de técnicas de reproducción humana han tenido un gran auge en los últimos tiempos, no solo por el hecho de que haya aumentado la esterilidad, sino también por la legalización de los matrimonios entre personas del mismo

⁴ VILAR GONZÁLEZ, S., "Situación actual de la gestación por sustitución", *Revista de Derecho UNED*, 2013-2014, n°14.

sexo, como el hecho de que haya también mujeres u hombres que deseen formar su propia familia de forma individual.

En todas estas situaciones, estas personas tienen la voluntad de ser padres, pero no son conscientes muchas veces de los problemas legales, burocráticos y médicos que esto implica, unido también a todos los obstáculos, ya sean económicos y emocionales que este proceso implica.

1.2. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA

La primera Ley en España que regulaba las técnicas de reproducción asistida humana data de 22 de noviembre de 1988.

Pero el avance de este tipo de técnicas de reproducción humana, hizo que se promulgase el 26 de mayo de 2006, la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, respondiendo al principio común de los países de Europa occidental, es decir, que la gestación y la reproducción humana no sea objeto de tráfico jurídico.

En el caso de España, el concepto legal de gestación por sustitución nos viene determinado en el artículo 10 apartado primero de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, el cual la define como *“el contrato por el que se convenga la gestación con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”*.

Estamos hablando de un contrato, en el cual puede mediar o no precio, en el cual existen dos partes intervinientes:

- Por un lado, los futuros padres o también denominados padres comitentes o intencionales, que puede tratarse, como hemos mencionado antes, de una pareja formada por un hombre y una mujer, de una pareja formada por dos hombres o simplemente de hombre o de una mujer que quiere formar su propia familia de forma individual; y que pueden aportar su material genético o no
- Por otro lado, la mujer que va a tener al niño, también denominada mujer gestante, quien se compromete a gestar al niño, al que entregará a los padres comitentes una vez producido el parto, renunciado a todos los derechos que pudiera tener respecto del niño, es decir, la filiación de la maternidad.

Es conveniente que este tipo de acuerdo se formalice de forma escrita, y se cumpla con todos los requisitos y condiciones a que se somete la relación contractual. Los derechos y obligaciones de las partes dependen de la legislación del país donde se realice esta técnica de reproducción humana y ante cuya jurisdicción deberá de acudir en caso de que por alguna de las partes firmantes se incumpla alguna cláusula.

Pero volviendo a la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, el artículo 10 de la mencionada ley establece que *“es nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación por sustitución, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero”*. Además, prosigue *“que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto y que queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico”*.

Por lo tanto, en el mencionado artículo se sanciona este tipo de acuerdo con la nulidad de pleno derecho. Al ser nulo este tipo de contrato, a efectos legales, debe de considerarse siempre como madre a la gestante y no a la madre biológica.

Sin embargo, cabría la posibilidad de que el padre biológico ejercite la acción de reclamación de paternidad y que posteriormente el hijo fuera adoptado por la mujer de éste, sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad que se exige en el artículo 176 del Código Civil.

Pero también en los artículos 24 y siguientes de la mencionada ley impone sanciones de tipo administrativo a todas aquellas infracciones que se realicen en materia de reproducción asistida.

Además, en nuestro Código Penal en los artículos 220 a 222 se regulan las sanciones jurídico-penales relativas a la suposición del parto y a la alteración de la paternidad, estado o condición del menor.

Sin embargo, esta regulación entra en colisión con lo dispuesto en la Ley sobre el Registro Civil y con el Reglamento del Registro Civil, los cuales permiten la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras firmes en las que se establecen la filiación del menor como hijo de los padres comitentes.

Por lo que esto supone que se tratan de contratos de subrogación que alcanzan efectos jurídicos que no están permitidos en España.

En la práctica, lo que sucede es que estas parejas (ya sean un hombre y una mujer, parejas del mismo sexo o un hombre y una mujer que deciden tener familia de forma individual) acuden a países donde está permitida la mencionada práctica y allí es donde conciertan la gestación por sustitución. Una vez que nace el niño, lo inscriben en el Registro Consular Español como si fuera hijo suyo.

En conclusión, la problemática que se plantea en España es el reconocimiento de las certificaciones registrales extranjeras en las que consta la determinación de la filiación de niños nacidos mediante la gestación por sustitución.

Esto ha sido resuelto por la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, cuestiones a las que se aludirá con posterioridad.

Pero podemos decir, con carácter general, que la solución es que tras el nacimiento del niño el padre comitente es casi siempre el padre biológico por lo que se determinará la filiación ante el consulado competente. No obstante, una vez que lleguen a España podemos encontrarnos con dos situaciones:

- El padre comitente haya decidido formar una familia de forma individual, por lo tanto, esta situación no generará problemas
- El padre comitente esté casado (ya sea con un hombre o con una mujer), pero al consorte no se le reconoce la filiación, por lo que este último tiene solo la posibilidad de adoptar, conforme al artículo 176 apartado segundo del Código Civil.

1.3. LA REGULACIÓN INTERNACIONAL

Como hemos mencionado, existen una serie de posturas que son mayoritarias, pudiendo distinguir entre:

- a) Aquellos países que permiten la gestación por sustitución a título gratuito o a cambio de contraprestaciones económicas.

En este apartado nos referiremos a los casos de EEUU y de México, ambos se califican como Estados Federales y, por ende, tienen un sistema plurislegislativo. Esto último implica que la regulación varía de un estado o federación a otro.

l) Estados Unidos.

En lo que se refiere a Estados Unidos se ha convertido en uno de los países a los que más parejas de todo el mundo acuden para ser padres mediante este método. Sin embargo, tiene una legislación dispar, por lo que es necesario atender a lo que cada estado establece en relación con la gestación por sustitución. Además, en este país se puede elegir el sexo del bebé.⁵

Podemos dividir a EEUU en varias agrupaciones⁶;

a. Estados que permiten por ley o jurisprudencia la aplicación de la gestación subrogada. En este grupo encontramos los siguientes estados: Nevada, California, Texas, Arkansas, Illinois, Virginia, Florida, New Hampshire, Delaware, Nueva Jersey, Tennessee y Washington. Aunque cada uno de ellos muestra sus propias condiciones legales, generalmente se permite la gestación subrogada a cualquier modelo familiar y se exige que la elección de la gestante sea en doble dirección. Esto significa que la gestante debe elegir en primer lugar a los futuros padres y, posteriormente, estos han de aceptarla o rechazarla como la mujer que gestará a su hijo.

b. Estados que, aunque no tienen ley expresa en relación a la subrogación gestacional, se muestran favorables a su práctica. Son los llamados Estados *surrogacy-friendly*. Estos Estados son: Alaska, Oregon, Colorado, Georgia, Idaho, Carolina del Norte, Minnesota, Maryland, Wyoming, Dakota del Norte, Nuevo México, Montana o Rhode Island son algunos ejemplos.

c. Los Estados cuya ley prohíbe expresamente que una mujer geste al hijo de otra persona o pareja son: Arizona, Michigan y Nueva York consideran delito penal la participación en un proceso de gestación subrogada.

d. Otros estados como Indiana, Kansas, Luisiana o Nebraska contemplan como nulo el acuerdo de gestación subrogada entre los futuros padres y la gestante. Puesto que el contrato no es legalmente válido, la gestante será considerada la madre legal por haber dado a luz al bebé.

De los Estados citados anteriormente, explicaremos cómo es la legislación en los destinos más populares para esta práctica.

○ **TEXAS**

Texas cuenta con una legislación específica en esta materia desde 2003. Se aceptan dichos contratos con la condición de que los acuerdos se entablen dentro del *Family Code* de Texas.

La gestación por sustitución se contempla tanto para los nacionales estadounidenses como para padres de otra nacionalidad. Los padres serán reconocidos mediante una sentencia judicial previa al nacimiento (también llamada *pre-birth order*) siempre y cuando cumplan las siguientes condiciones:

- Los padres de intención deben estar casados y deben ser parejas heterosexuales.
- La gestante debe demostrar que reside en Texas.

⁵ “Gestación subrogada en EEUU”, disponible en <https://www.babygest.es/estados-unidos/>, consultado el 9 de noviembre de 2017

⁶ “Gestación subrogada en EEUU”, disponible en <http://www.universalsurrogacy.com/la-gestacion-por-sustitucion-en-los-estados-unidos-variado-panorama-legal/>, consultado el 9 de noviembre de 2017

- Además, se debe aportar un certificado médico para demostrar la imposibilidad de gestar de la pareja en cuestión. Se admite en este certificado la imposibilidad de gestar sin poner en riesgo la salud física o mental o la salud del bebé.

- Es necesario que la madre gestante haya tenido, al menos, un embarazo previo sin complicaciones para demostrar que el embarazo subrogado no representa ningún riesgo para la salud de la madre gestante y del bebé.

- Hay un compromiso de información recíproca para garantizar la buena salud de ambas partes y del bebé.

- Se prohíben los límites al derecho de la gestante a proteger su salud o la del embrión.

- Los óvulos pueden ser de la madre o de una donante. No pueden ser de la gestante puesto que no se considerará gestación subrogada.

- El contrato se debe firmar, como mínimo, 14 días antes de la transferencia del embrión.

- No se validará un acuerdo de gestación subrogada si el niño ha sido concebido de manera natural.

Posteriormente, el acuerdo se valida ante los tribunales y, como regla general, se realiza un estudio en el hogar de los padres de intención para cerciorarse del cumplimiento de los requisitos.

Por último, tras el alumbramiento del niño o niña, se informará al Tribunal en un plazo máximo de 300 días y el Tribunal competente emitirá una sentencia en la que confirma que los padres de intención son los padres legales.

No obstante, esta sentencia puede contener otros pronunciamientos tales como:

- Petición de entrega del bebé por parte de la madre a los padres.
- Test ADN para confirmar el vínculo.
- Certificado de nacimiento en el que constan como padres legales los padres de intención.

○ **OREGÓN**

Es uno de los Estados con legislación más favorable. Tiene más de 25 años de experiencia en este ámbito.

Es destacable que admita padres de intención tanto estadounidenses como extranjeros y, a diferencia de Texas, los padres intencionales no tienen que estar casados o ser pareja. Por lo tanto, es posible que un hombre o mujer soltero/a acuda a este método. Tampoco se tiene en cuenta la condición sexual.

En este Estado, hay varias vías para el reconocimiento de la filiación: por sentencia judicial de manera previa o de manera posterior al nacimiento. Normalmente, se utiliza la *pre-birth order*.

En lo que confiere a la técnica de gestación, Oregon admite la donación de óvulos y la donación de semen, pero se prefiere que los gametos sean de los padres intencionales para que así la filiación biológica esté garantizada. Además, la donación de gametos puede ser anónima o no pero, en caso de que no sea anónima, Oregon absuelve al donante de todo derecho y obligación parental.

Asimismo, es preferible que la pareja o el padre/madre intencional aporte material genético puesto que, en caso contrario, no hay una referencia en la ley que proteja al padre/madre intencional o padres intencionales como padre/madre/padres legales. No obstante, la línea jurisprudencial ha afirmado en estos casos que se debería reconocer a estas personas como padre/madre/padres legales.

○UTAH

La gestación por sustitución es legal en este Estado desde 2005. Anteriormente estaba prohibida y penada con cárcel y multa económica. Utah tiene una serie de requisitos tanto para matrimonios homosexuales (desde 2014) como para matrimonios heterosexuales. No obstante, está restringido para parejas no casadas y para padres/madres solteros.

Los requisitos para acceder a esta técnica de reproducción son:

- Los padres de intención o la gestante deben residir en Utah desde al menos 90 días. De lo contrario, no se podrá conceder la sentencia de filiación en ese estado.
- La gestante debe consentir a tener el embarazo mediante reproducción asistida.
- La gestante, su marido y los donantes de gametos (cuando sean de un tercero) renuncian a todos los derechos y obligaciones sobre el *nasciturus*.
- Los padres intencionales deben estar casados.
- La gestante no aportará sus óvulos para el proceso, y su marido no aportará sus espermatozoides.
- Se permite un precio a la gestante siempre y cuando sea una cantidad razonable.
- El acuerdo de gestación debe ser validado por un tribunal para poder otorgar la paternidad a los padres intencionales. Se deben cumplir los requisitos y esta sentencia se considera una sentencia de filiación. Es una sentencia *pre-birth*.
- Tras el nacimiento, el tribunal otorgará un certificado de nacimiento.

○ILLINOIS

Considerado el segundo mejor Estado para acudir a esta técnica reproductiva, solo superado por California. La gestación por sustitución fue aprobada por ley en 2005.

Se contemplan dos formas para la gestación por sustitución:

- La gestante es la madre genética, es decir, aporta su óvulo. Este tipo de gestación se lleva a cabo con la Inseminación artificial. Debe tener más de 21 años y haber dado a luz al menos a un hijo. También es necesario que disponga de un seguro de salud que cubra los gastos del tratamiento y hospitalización.
- La gestante únicamente gestará y dará a luz al bebé, pero sin aportar ningún tipo de carga genética. Dicha carga proviene en su totalidad de los futuros padres y/o donantes.
- Al menos uno de los padres intencionales debe aportar carga genética.
- La gestante y su marido deben firmar un consentimiento. Este consentimiento debe firmarlo un médico y los abogados de las partes y debe haber dos testigos ajenos al proceso de gestación. Además, deben firmarse antes del nacimiento del bebé.

Como aspectos destacables, podemos decir que en Illinois no se hace ninguna mención especial al modelo de familia admitida para acudir a esta técnica. Por lo tanto,

se entiende que están admitidas tanto las familias monoparentales como biparentales independientemente de la condición sexual de estos y de si están casados o no.

Sin embargo, los padres deben acreditar clínicamente una razón por la que necesiten acudir a esta técnica. Asimismo, deberán superar una evaluación física y psicológica para comprobar la idoneidad como padres.

○FLORIDA

En Florida están contempladas tanto la gestación por sustitución con carga genética de la gestante (es madre biológica del niño) como la gestación sin carga genética de esta. Se admiten terceros donantes, pero se recomienda que los padres intencionales aporten material genético para estar relacionado biológicamente con el niño.

En este Estado se admite que acuda cualquier modelo de familia y el pago de gastos razonables por el parto y postparto, no obstante, la determinación de la filiación se hará por un procedimiento u otro dependiendo del modelo de familia. También serán diferentes las condiciones.

En el caso de los extranjeros, es posible que acudan a Florida, pero para ellos hay condiciones más estrictas y es que es necesario que sea un matrimonio (independientemente de si es heterosexual u homosexual).

Para un matrimonio extranjero y heterosexual es necesario que la pareja acredite incapacidad para gestar o incapacidad para hacerlo sin riesgo para la mujer o para el feto.

El contrato de gestación por sustitución tiene ciertas condiciones, entre las que están las siguientes:

- La gestante debe ser la única persona que pueda decidir sobre la intervención clínica y embarazo, pero aceptará recibir tratamiento médico prenatal razonable y consejo médico.

- La gestante renunciará expresamente a los derechos y obligaciones sobre el bebé. No obstante, accede a asumir los derechos sobre el bebé si ninguno de los padres de intención es el padre de biológico.

- Los padres intencionales obtendrán la custodia del bebé después del nacimiento, independientemente de si hay malformación o discapacidad.

En lo que confiere a la filiación del niño o niña, en Florida se obtiene la sentencia de filiación tras el nacimiento del niño. Es un *post-birth*.

En el caso de los padres y madres que no tengan relación genética con el niño/a deberán tramitar una adopción planificada, no una sentencia de filiación ante un Tribunal. Por lo tanto, en este caso la gestante deberá renunciar a sus derechos y obligaciones en favor de los padres de intención.

En el caso de las familias del mismo sexo, es necesario modificar el certificado de nacimiento del niño/niña puesto que en él aparecen el padre biológico del niño y la gestante. Con este certificado el juez puede dictar la sentencia de filiación.

○CALIFORNIA

Es el destino más demandado de EEUU, la gestación por sustitución está permitida desde 1993 pero no hay una ley expresa sobre la materia, sino que su desarrollo es jurisprudencial. (Caso *Calver c. Johnson*)

Se permite para todos los modelos de familias e independientemente de la orientación sexual y la procedencia. No es necesario que los padres intencionales acrediten la incapacidad de tener un hijo o la incapacidad de hacerlo sin riesgo para la salud de la madre o el hijo/a.

Además, no son restrictivos con la aportación genética puesto que se admite que dicha carga la aporten terceros. Lo objetivamente importante para determinar la filiación es la intencionalidad de procreación.

Esta filiación se concede mediante sentencia judicial denominada *pre-birth order*, es decir, antes del nacimiento. Así se garantiza que los padres intencionales serán los padres legales del bebé tras su nacimiento.

Se admite el precio en este tipo de contratos y, de hecho, es con diferencia el estado en el que es más caro acceder a la gestación por sustitución.

II) México

México también es un Estado plurilegislativo pero no es un Estado en el que haya proliferado un gran desarrollo sobre las técnicas de reproducción asistida. De hecho, México cuenta con 33 Códigos Civiles y sólo la regula el Estado de Tabasco. De la legislación restante, solo dos la prohíben y el resto no dice nada al respecto⁷.

La falta de legislación ha provocado que México no se tenga como destino popular puesto que es un país con poca experiencia en todos los aspectos que conlleva la gestación por sustitución.

El Código Civil del Estado de Tabasco señala como gestante sustituta a la mujer que lleva el embarazo a término, cuando esta no proporciona material genético. En cambio, describe como madre subrogada la situación en la que la mujer lleva el embarazo a término y, además, aporta carga genética. Por lo tanto, el Código Civil autoriza a que una mujer pueda simultáneamente donar sus óvulos y llevarlo después de fecundado en su vientre⁸.

Se reconoce, por tanto, como madre contratante a quien utilice cualquiera de las modalidades que describe como servicios de la gestante o de la madre subrogada. No obstante, el procedimiento variará según se le considere madre gestante o subrogada.

En el caso de la madre subrogada, se estará a lo ordenado en los casos de la adopción plena y en los casos de la consideración de madre gestante, se establece una presunción de maternidad a favor de la madre contratante. Esta presunción opera aun cuando la sustituta/gestante sea una mujer casada. De hecho, existe una presunción legal a favor de que, en la partida de nacimiento, aparezca como padre otra persona que no sea el marido de la mujer (artículo 92 Código Civil de Tabasco).

Volviendo al procedimiento de madre subrogada, lo dispuesto en el Código Civil Tabasco remite al procedimiento de la adopción plena. Esto se regula en el artículo 399 del Código Civil de Tabasco y se reduce la adopción a parejas casadas (o que vivan en concubinato) heterosexuales que hayan tenido una convivencia mínima de 5 años.

⁷ “La gestación por sustitución en México”, disponible en <https://interfertility.es/gestacion-subrogada-mexico/>, consultado el 14 de noviembre de 2017.

⁸ RUIZ BALCÁZAR, M.V. Y VALDÉS MARTÍNEZ, M.D.C “Dilemas sobre la maternidad subrogada en México”, México, 2017.

Por lo tanto, no podrían acceder a esta posibilidad los padres o madres solteras y las parejas homosexuales. Asimismo, ha habido una reforma el 13 de Enero de 2016 en la que se prohíbe el acceso a este método a extranjeros.

A todo esto hay que añadir que la coordinación entre las autoridades Estatales de México, del Estado en cuestión y de España es muy pobre y complica gravemente el proceso.

Por todos estos motivos, México no es un lugar seguro para acudir a este tipo de técnica reproductiva. La notable inseguridad jurídica provoca la elección de otros Estados con mayores garantías.

Por otra parte, también podemos hacer referencia a la maternidad subrogada en Sinaloa.

Para poder realizar un proceso de gestación subrogada en Sinaloa es necesario que los futuros padres sean ciudadanos mexicanos y, además, que la madre de intención tenga incapacidad médica de gestar un bebé.

Tal y como se refleja en el artículo 283 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida del estado de Sinaloa *“La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento”*.

Del mismo modo, los requisitos para ser gestante son:

- Tener entre 25 y 35 años.
- Ser madre de un hijo consanguíneo sano.
- Tener una buena salud física y mental.
- Dar el consentimiento voluntario de prestar su vientre.
- Debe acreditar mediante dictamen médico que no estuvo embarazada durante el año previo a la implantación del embrión y que no ha participado más de dos ocasiones consecutivas en este procedimiento.

Asimismo, se admite cualquier modalidad de gestación subrogada, esto es, parcial, total, altruista o con compensación.

La realidad es que, actualmente, existe una propuesta de ley con intención de prohibir la gestación subrogada en este Estado mexicano, aunque todavía no ha sido aprobada y por tanto continúa siendo únicamente una propuesta.

b) Aquellos países que permiten la gestación por sustitución, pero solo en el caso de que se realice de forma altruista y que concurran ciertos requisitos o condiciones como es el hecho de los problemas médicos en la madre comitente que le impida la gestación:

- 1) India.

India ha sido también uno de los países a los que más se ha acudido para poder llevar a cabo la maternidad subrogada, sobre todo por el hecho de que en este país, este tipo de técnicas tienen un menor coste económico en comparación con otros países⁹.

La situación en India y en muchos países en donde está permitida la gestación por sustitución, están haciendo que se cree un negocio y esto provoca que muchas mujeres se unan al denominado “*turismo reproductivo*” sin conocer las consecuencias que pueden plantearse en este tipo de técnicas.

Cada vez hay más parejas y mujeres indias que se encuentran en situaciones económicas nefastas dispuestas a firmar este contrato, ya que para los padres que acuden a este tipo de técnicas les es más económico en India que en otros países y para la mujer gestante es una manera de conseguir dinero que en una situación cotidiana no conseguiría y así contribuir a la economía de su familia otorgándoles una calidad de vida más digna.

Las gestantes suelen ser mujeres procedentes de zonas rurales empobrecidas que deciden someterse a la gestación por sustitución de forma voluntaria. Son mujeres que han tenido varios hijos (debido a que no se permite que se someten a este tipo de prácticas a aquellas mujeres que son madres primerizas, que no han tenido hijos previamente) que tiene que alimentar y darles una educación.

Realmente, aunque estas mujeres, en un principio, se sometan a este tipo de técnicas de forma voluntaria, verdaderamente en el fondo tienen una especie de presión ya que estas acuden a las técnicas para poder sacar adelante a sus familias.

Sin embargo, también existe un problema para las madres gestantes: el hecho de que acudan a este tipo de técnicas de reproducción humana hace que sean repudiadas en sus hogares. Por ello, mientras estas mujeres están gestando al niño, residen normalmente en lo que son como especie de hogares.

En esta especie de hogares, se les hace un seguimiento tanto a la gestante como al hijo, se les dan alimentos, las cuestiones necesarias para poder vivir. En definitiva, se les da todo lo necesario para poder afrontar el proceso.

Desde el punto de vista legal, en principio, en India no existe una legislación que prohibiera expresamente la gestación por sustitución. Aunque es cierto que existe un borrador desde el año 2010 sobre la Ley de Regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida que exigirá entre otros requisitos, que el procedimiento debe de llevarse a cabo por clínicas reconocidas por el Consejo Indio para la Investigación Médica y que solo se permitiría acudir a este tipo de técnicas a parejas heterosexuales.

Posteriormente, en el año 2012, el Ministro de Asuntos Exteriores emitió una Orden que no permite el uso de visado turístico a personas extranjeras que vayan a India con el objetivo de acceder a la gestación por sustitución y esto obliga a los padres que deseen llevar a cabo esta práctica a solicitar un visado médico especial, el cual solamente se concede a aquellas parejas casadas durante, al menos dos años.

Por ello, se exige que los padres comitentes deben de acreditar que en su país de origen se admite este tipo de prácticas y que no tengan problemas para que el bebé o los bebés puedan entrar en ese país, evitando así las filiaciones claudicantes.

⁹ “La regulación de la gestación subrogada, de país a país”, disponible en <http://www.20minutos.es/noticia/2744893/0/gestacion-subrogada-paises/>, consultado el 14 de noviembre de 2017.

En octubre de 2015, el gobierno de India presentó un proyecto de ley, el cual prohibirá a todos los extranjeros la gestación por sustitución. A través de este proyecto se está intentado frenar la llegada masiva de extranjeros que viajan a India con el objeto de tener un hijo a través de la gestación por sustitución.

Por lo tanto, si se aprueba la ley los requisitos serán:

- Debe de tratarse de una pareja heterosexual, en donde ambos sean indios, sean extranjeros pero residen en India o que al menos uno de los contrayentes sea indio.
- Deben de estar casados, al menos, 5 años.
- La gestante debe de tratarse de un familiar cercano y debe de hacerse a título gratuito y no oneroso.

La razón por la cual se ha establecido esta legislación tan dura es debido al creciente número de clínicas y el negocio desregulado. Esta situación ha hecho que el gobierno imponga la prohibición sobre los extranjeros para que no se piense que se permite la explotación de la mujer.

2) Reino Unido.

En Reino Unido la gestación subrogada es legal, pero veremos en base a qué condicionamientos o requisitos.

La legislación vigente data de 1985, es la *Surrogacy Arrangements Act*, cuya última y pequeña modificación es de 2008. En esta ley se establecen los requisitos necesarios y las prohibiciones para la validez de esta técnica de reproducción asistida.

- Son caracteres de la gestación subrogada los siguientes¹⁰:

1. Carácter altruista.

La *Surrogacy Arrangements Act* indica que constituye un delito la comercialización de la gestación subrogada y las organizaciones comerciales que se dediquen a la misma¹¹.

Además, también constituirá delito el hecho de que un periódico, una persona individual o cualquier otro sistema de telecomunicaciones contengan anuncios buscando una mujer para realizar un acuerdo de gestación subrogada o una mujer ofreciéndose para el mismo.

En cambio, sí es legal la existencia de organizaciones sin ánimo de lucro cuya finalidad es ayudar a las parejas a encontrar o ponerse en contacto con posibles madres sustitutas. En Reino Unido nos encontramos con 3 agencias: *Brilliant Beginnings*, *Surrogacy UK* y *COTS*, que también pueden informar sobre la existencia de clínicas de fertilidad.

Estas agencias son de fácil acceso a los ciudadanos, pues cada una cuenta con páginas web donde informan minuciosamente sobre el tema¹².

El carácter altruista también supone la prohibición de que la gestante reciba una compensación económica por prestarse para el embarazo. No obstante, existe la

¹⁰ Salgado S., “Maternidad subrogada en Reino Unido”, *Babygest*, 2017.

¹¹ *Surrogacy Arrangements Act*, 1985 (publicación on-line), disponible en http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/pdfs/ukpga_19850049_en.pdf, consultado el 14 de noviembre de 2017.

¹² “How to have a baby by surrogate in the UK”, disponible en <http://www.telegraph.co.uk/women/mother-tongue/11583545/How-to-have-a-baby-by-surrogate-in-the-UK.html>, consultado el 14 de noviembre de 2017.

posibilidad del reembolso por parte de los padres intencionales de los gastos derivados que haya conllevado todo el proceso de gestación, tales como los costes de las pruebas médicas o los costes legales que se necesitarán para el proceso de reasignación de la filiación, al que más adelante nos referiremos.

2. Solo para parejas.

La gestación subrogada solo será posible si hay dos padres intencionales, sean un matrimonio o una pareja de hecho. Es indiferente su orientación sexual, tienen derecho tanto los heterosexuales como las parejas del mismo sexo a poder recurrir a esta técnica.

A tenor de lo expuesto, queda claro que se excluye a las personas solteras. Estas no podrán acudir a esta técnica esquivando la legalidad porque para obtener la filiación deben pasar por un procedimiento ante los tribunales donde es un requisito indispensable para poder solicitar la filiación ser un matrimonio o una pareja de hecho, entre otros mencionados más adelante.

3. Uno o ambos solicitantes deben tener su residencia en Reino Unido.

La ley no establece ninguna restricción respecto a la nacionalidad de los solicitantes, es decir, no es necesaria la nacionalidad británica para poder acudir a esta técnica de gestación subrogada. Sin embargo, la ley limita indirectamente la posibilidad de acudir a estas técnicas por parte de los extranjeros. La restricción proviene de la exigencia de que uno o ambos deben tener su residencia en Reino Unido.

- El proceso legal en la gestación subrogada.

Antes de entrar en la breve explicación del proceso legal, debe quedar claro quién es considerada la madre para la ley en los procesos de gestación subrogada y lo que esto conlleva.

Tal como indica el artículo 33 del *Human Fertilisation and Embryology Act* (2008)¹³, para la legislación de Reino Unido la madre legal, quien tiene la filiación, es la mujer que lleva al niño o que lo ha llevado como resultado de la “colocación” en su cuerpo de un embrión o de un espermatozoide y óvulos, y no otra mujer, será tratada como la madre del niño¹⁴.

Si la mujer está casada, el marido será considerado el padre legal. En el caso de que no tenga pareja, o no estén casados o no sean una pareja civil se considerará que el niño no tiene padre a menos que exista una autorización activa.

El hecho de que la (madre) gestante sea considerada la madre legal hace recaer sobre la misma, y su cónyuge, en el caso de que lo tuviera, las responsabilidades para con el recién nacido. Obviamente no solo cuentan con obligaciones, sino también con derechos como, por ejemplo, 52 días de baja por maternidad.

Además, tiene el derecho a quedarse con el niño, debido a que para la legislación de Reino Unido los contratos de gestación subrogada, aunque los padres intencionales firmen el acuerdo de subrogación y paguen sus costes, no son vinculantes. Este hecho supone un inconveniente por el que pueden ver truncado su deseo.

¹³ *Human Fertilisation and Embryology Act, 2008* (publicación on line) http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/pdfs/ukpga_19900037_en.pdf, consultado el 14 de noviembre de 2017.

¹⁴ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *Indret*, 2012.

Siendo esto así, en los procesos de gestación subrogada será necesario para que los futuros padres intencionales, que han acordado esa gestación con una mujer, se conviertan en los padres legales procedan a realizar lo conocido como *parental order*.

La solicitud de filiación o *parental order* es un proceso consistente en reasignar la filiación con el consecuente de la extinción de la responsabilidad y derechos legales de la madre gestante (y su marido si es que lo tuviera) para con el recién nacido.

Los requisitos que se exigen para su solicitud se encuentran en el artículo 54 de *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*¹⁵ y son los siguientes:

- El niño haya sido gestado por una mujer que no es ninguno de los solicitantes, como resultado de llevar en su vientre un embrión u óvulos y esperma por inseminación artificial.

- Al menos uno de los solicitantes debe haber dado para la creación del embrión sus gametos.

- Que se hayan cumplido las subsecciones de la 2 a la 8.

Las subsecciones 2 a 8 establecen:

En primer lugar, los solicitantes deben ser marido o mujer, pareja hecho o 2 personas que vivan como pareja.

En segundo lugar, los solicitantes cuentan con un plazo de 6 meses a contar desde el nacimiento del niño para solicitar la *parental order*. De lo contrario, el niño mantendrá la filiación de la gestante.

En tercer lugar, en el momento en que se realice la *parental order* el niño debe de estar viviendo con los solicitantes y uno o ambos deben estar domiciliados en Reino Unido o en las Islas del Canal o Isla Man.

En cuarto lugar, los solicitantes deben tener al menos 18 años y el tribunal debe cerciorarse de que tanto la mujer gestante como los padres intencionales son libres y conocen lo que están aceptando. Además, para que la aceptación sea válida por parte de la mujer gestante deben transcurrir seis semanas después del nacimiento del niño.

En quinto lugar, el tribunal debe cerciorarse de que no ha habido dinero u otro beneficio que no sea un gasto razonable dado por los solicitantes en consideración de:

- o Realizar al *parental order*.

- o Entregar el niño a los solicitantes.

- o Realizar acuerdos en vistas a la realización de la *parental order*, a menos que exista autorización del tribunal.

3) Grecia.

En Grecia la gestación subrogada también se permite pero, al igual que sucedía con Reino Unido, existen una serie de requisitos para poder utilizar esta técnica de reproducción asistida.

La gestación subrogada se regula por dos leyes: la Ley 3089/2002 y la Ley 3305/2005.

¹⁵ *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*. Órdenes parentales. Artículo 54. Consultado el 14 de noviembre de 2017.

El artículo 1458 de la Ley 3089/2002 indica la serie de requisitos necesarios y establece que *“La transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer y su embarazo deberá ser permitida por autorización judicial expedida antes de la transferencia, la cual será dada previo acuerdo escrito y sin beneficios económicos entre las partes implicadas. La autorización judicial será expedida seguida de un escrito presentado por la mujer que quiere tener un hijo en el que conste evidencia que demuestre no sólo que ella es médicamente incapaz de concebir un hijo, sino también que la gestante goza de buena salud y es capaz de concebir”*¹⁶.

Por tanto, en primer lugar, para que la gestación subrogada se permita es necesaria una resolución judicial y para que sea autorizada deberán darse las siguientes circunstancias:

- La comitente debe probar su imposibilidad de quedarse embarazada y su edad no debe sobrepasar los 50 años.

- Por su parte, la mujer gestante deberá probar su salud ante el tribunal, es decir, si está sana médica y mentalmente. Además, si estuviera casada su cónyuge deberá dar su consentimiento por escrito.

- La gestante y la comitente deben ser ciudadanas griegas o residentes permanentes en Grecia tal como establece el artículo 8 de la Ley 3089/2002. Se trata de una forma de prevenir o evitar el turismo reproductivo.

Aquí hablamos en femenino porque la ley griega excluye al hombre, esto es, el hombre no tiene derecho a solicitar una autorización para el proceso de gestación subrogada. Esto supone que la paternidad en los casos de gestación subrogada sólo la conseguirá por el hecho de la maternidad legal que tuviera su pareja.

Esto quiere decir que solo se permite acudir a esta técnica de reproducción asistida a las mujeres solteras y a las parejas heterosexuales.

- Los óvulos no deben pertenecer a la gestante.

- El acuerdo debe tener carácter altruista, es decir, queda prohibido cualquier beneficio económico, remuneración o pago por servicios a la madre gestante. Sí sería posible cubrir los gastos razonables que produce este proceso, como los gastos legales.

- Las partes deberán presentar el acuerdo realizado por escrito.

A diferencia de Reino Unido donde se seguía la regla de *“mater semper certa est”* aquí se produce una excepción y los comitentes se convierten en los padres legales u obtienen la filiación del niño tras su nacimiento.

La norma que lo dispone es el artículo 1464 del Código Civil griego que establece *“en los casos de inseminación artificial en los que hay una gestante, siempre que se cumplan las condiciones del artículo 1458, se presume que la comitente que haya obtenido la autorización del tribunal es la madre del niño.”*

La única excepción es en el caso de que no se cumpliera el requisito de que el óvulo no debe pertenecer a la madre gestante. En el caso de que sí perteneciera, esta tendrá 6 meses a contar desde el nacimiento del niño para impugnar la maternidad legal. Si se le

¹⁶ ÁVILA HERNÁNDEZ, C.J., “La maternidad subrogada en el Derecho comparado”, *Cadernos de Dereito Actual* nº6, 2017, p. 313-344.

otorga la maternidad legal los efectos de la misma serán retroactivos al momento del nacimiento del niño¹⁷.

4) Portugal.

En Portugal la tercera modificación de la Ley 32/2006 a través de la Ley 25/2016¹⁸, de 22 de agosto, ha posibilitado acudir a la gestación subrogada como un método más de reproducción asistida.

Junto a las técnicas permitidas en el artículo 2 de la Ley portuguesa 32/2006 de 26 de julio, la Ley 25/2006 incluye las situaciones de gestación subrogada que prevé en su artículo 8. Es decir, tal como se indica en el Decreto n.º 6/2007¹⁹, de 31 de julio, que desarrolla la ley, en la misma se establecen las condiciones en que es posible recurrir a la gestación subrogada, siendo estas absolutamente excepcionales y con unos requisitos estrictos para que se admita.

El objeto de esta ley es regular la gestación por sustitución en los casos de lesión o daño en el útero que impida de forma absoluta y definitiva el embarazo²⁰. Aclarando la ley que siempre deberá respetarse la dignidad de las personas que participen y la no discriminación. Además, la gestación subrogada solo puede practicarse en centros ya sean públicos o privados, pero deben contar con la autorización para llevarlas a cabo por el *Ministro da Saúde*.

La Ley 25/2016 nos ofrece una definición de lo que se entiende por gestación subrogada en el artículo 8.1 indicando que “*se entiende por gestación subrogada cualquier situación en que una mujer se disponga a soportar un embarazo por cuenta de otra y a entregar al niño después del parto, renunciando a los derechos y deberes propios de maternidad.*”

Este mismo artículo determina los parámetros que deben darse en la gestación subrogada para ser legal:

- Solo es posible realizar este negocio jurídico si es a título excepcional por las razones anteriormente mencionadas y es de naturaleza gratuita.

- Solo se autoriza si se usan los gametos, por lo menos, de uno de los beneficiarios y la mujer gestante no podrá aportar sus propios óvulos.

- Debe darse una autorización previa por el *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida*, entidad que supervisa todo el proceso.

- Está prohibida cualquier remuneración económica, ya sea pago o donación de cualquier bien. No obstante, sí existe la posibilidad entregarle a la mujer gestante los gastos razonables.

- Está prohibida la gestación subrogada entre particulares que se encuentren en una relación de subordinación económica. Por ejemplo: la supuesta mujer gestante es la empleada del supuesto beneficiado.

¹⁷ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *Indret*, 2012.

¹⁸ *Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto*, disponible en https://dre.pt/home/-/dre/75177806/details/maximized?print_preview=print-preview, consultado el 14 de noviembre de 2017.

¹⁹ *Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho*, disponible en <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/107785481/details/maximized>, consultado el 14 de noviembre de 2017.

²⁰ *Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto*. Artículo 2. Disponible en https://dre.pt/home/-/dre/75177806/details/maximized?print_preview=print-preview, consultado el 14 de noviembre de 2017.

- La filiación corresponde a los beneficiarios o padres intencionales en el momento del nacimiento del niño.

- La gestación subrogada debe hacerse por un contrato escrito entre las partes. En él, no se le puede imponer a la gestante subrogada restricciones que atenten contra sus derechos, libertades y dignidad.

- El incumplimiento de lo citado anteriormente provocará la nulidad del negocio jurídico o contrato.

Las partes deben prestar un consentimiento libre, claro, de forma expresa y por escrito, ante el médico responsable. Por otra parte, existe un deber de información hacia la gestante y los beneficiarios explicando en qué consiste la gestación subrogada.

Existe un deber de confidencialidad por el que cualquier participante en este proceso tiene el deber de guardar silencio sobre la identidad de la gestante y los beneficiarios. También se aplica la ley de protección de los datos personales y la información genérica, personal e información sanitaria.

La Ley 25/2016 regula las diferentes sanciones o penas para el caso de que se produzca una infracción, es decir, cuando se aplique la gestación subrogada fuera del ámbito o de lo que establece el artículo 8 de la presente ley²¹.

La ley distingue los siguientes casos:

- Supuesto en el que el beneficiario realiza la gestación subrogada a título onerosos (posible pena de prisión de hasta 2 años o pena de multa de hasta 240 días).

- Supuesto en el que sea la gestante subrogada la que ofrece realizar el contrato a título oneroso (posible pena de multa de hasta 240 días).

- Supuesto de gestación subrogada cuando queda fuera de los apartados 2º a 6º del artículo 8 (posible pena de multa de hasta 120 días).

- Supuesto en el que se promueva ya sea a través de publicidad la gestación subrogada.

- Supuesto en el que se retira el beneficio económico de celebración de los contratos de subrogación. (Posible pena de prisión de hasta 5 años).

Será el Reglamento 6/2017, de 31 de julio, el que establezca el procedimiento de autorización previa al que se encuentra sujeto a la celebración de los negocios jurídicos o contratos de gestación subrogada.

Los pasos a seguir en el proceso para realizar un negocio jurídico de este tipo son:

1. Petición de autorización previa a la celebración del contrato de gestación subrogada ante el *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida* (CNPMA)²². Esta petición se debe realizar a través de un formulario a disposición de los ciudadanos en internet.

²¹ Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto. Artículos 34 y 39. Disponible en https://dre.pt/home/-/dre/75177806/details/maximized?print_preview=print-preview, consultado el 14 de noviembre de 2017.

²² CNPMA: el artículo 30 de la ley indica que este *Conselho Nacional de Procriação medicamente Assistida* es aquel competente, genéricamente, para pronunciarse sobre cuestiones éticas, sociales y legales sobre las técnicas de reproducción asistida.

2. A la petición anterior es necesaria acompañarla de elementos o documentos siguientes: identificación de los beneficiarios y de la gestante subrogada, documento médico, etc.

3. El plazo para autorizar o denegar la autorización previa que se solicita es de 60 días. Si se admite debe enviarse un documento a la *Ordem* dos Médicos para solicitar su opinión. Esta última cuenta con un plazo máximo de 60 días para responder al CNPMA. La respuesta será vinculante.

4. El CNPMA debe hacer las diligencias que vea pertinentes para la decisión. Además, será necesario realizar una reunión con la gestante y los beneficiarios para realizar una evaluación completa e independiente de cada uno, con el fin de recabar la información suficiente para tomar la decisión.

c) Aquellos países que prohíben expresamente la gestación por sustitución tanto a título altruista como a título gratuito:

1) Francia.

En Francia, con carácter general y en relación con las técnicas de reproducción asistida, en la actualidad la ley francesa solo autoriza la reproducción médica asistida a parejas heterosexuales, mediante la fecundación in vitro o una inseminación artificial de espermatozoides de óvulo, o de embriones en caso de esterilidad.

Sin embargo, el *Comité Consultivo Nacional de Ética Francés*²³, recomendó que también tuviesen derecho las parejas lesbianas y mujeres solteras ya que muchas parejas lesbianas que quieren tener hijos se encuentran obligadas a viajar a algún país de la Unión Europea para poder llevar a cabo la realización de técnicas de reproducción asistida humana.

Francia es uno de los países que prohíbe expresamente realizar cualquier acuerdo que tenga que ver con la gestación por sustitución; es más, este tipo de acuerdo está sancionado en el Código Penal Francés.

Por lo tanto, podemos decir que la gestación por sustitución se trata de una práctica que se encuentra prohibida en todas sus modalidades (tanto a título gratuito como a título oneroso).

El artículo 16-7 del Código Civil Francés establece: “*Todo convenio referente a la procreación a la maternidad es nulo*”.

Al encontrarse prohibida, tiene una sanción el hecho de practicar la gestación por sustitución aunque no tiene una sanción específica. El artículo 227-13 establece penas en los casos de sustitución voluntaria, simulación u ocultación de datos que dañarían la integridad del estado civil de un niño.

Por tanto, este tipo de prácticas son punibles ya que se considera que la madre legal es una persona distinta a la mujer que ha dado luz. Sin embargo, esto contradice un principio que procede del derecho romano que sigue vigente en Francia “*mater Semper certa est*”.

El hecho de ocultar el parto para fingir otro o el hecho de ser intermediario entre una persona o una pareja con deseo de tener un hijo y una mujer dispuesta a gestarlo.

²³ Algunos de los miembros del Comité Nacional de Ética Francés se mostraron contrarios a que las parejas de lesbianas pudiesen concebir hijos a través de estas técnicas de reproducción humana. La razón es que consideran que puede ser perjudicial para los niños ya que no conocerán a su progenitor, siendo una cuestión que consideran injusta.

Realmente, la razón por la cual se prohíbe la gestación por sustitución es para proteger los principios fundamentales de la bioética. La Ley de la Bioética de 1994 establece: “*el acuerdo por el cual una mujer se compromete, incluso de forma gratuita, a concebir y gestar a un niño para abandonarlo al nacer contraviene tanto el principio de orden público de indisponibilidad del cuerpo humano como el de indisponibilidad del estado de las personas*”.

Al estar prohibida esta técnica, muchas parejas deciden salir de Francia para poder realizar esta práctica. En ocasiones, los padres una vez que regresan a Francia con el hijo, en ocasiones se encuentran con problemas para obtener el reconocimiento legal de su condición de padres.

De conformidad con el artículo 47 del Código Civil Francés, cualquier certificado procedente del registro civil extranjero se considera válido, salvo que figuren elementos que demuestren que se ha producido una irregularidad o que los hechos que se hayan declarado no correspondan con la realidad.

El certificado de que el niño ha nacido en un Estado extranjero, esto es, fuera de Francia a través de la gestación subrogada, debe de presentarse para que sea aprobado por las autoridades francesas.

Francia ha sido condenada en diversas sentencias por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por haberse negado a reconocer la filiación de niños que han sido concebidos en un Estado extranjero a través de la gestación por sustitución.

Los dos primeros casos que se presentaron ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue el caso de los *Menesson* y los *Labassée*,²⁴ casos en los que se hará referencia de forma más extensa posteriormente, donde se trataban de dos parejas que habían concebido a sus hijos respectivos a través de la técnica de gestación por sustitución en Estado Unidos. Sin embargo, se consideró por parte de los tribunales franceses que se incumplía con los principios fundamentales del derecho francés y el orden público francés.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en estos dos casos, dictó una sentencia a favor de las familias al considerar que se contravenía la identidad y la vida privada de los menores.

Actualmente, existe una gran discusión de si realmente debe de permitirse o no la maternidad subrogada en Francia. Existe una gran parte de los franceses que se muestran favorables ante este tipo de práctica, eso sí siempre y cuando se realiza en un marco controlado y regulado. Pero también existen otros sectores totalmente reacios a este tipo de técnicas como puede verse en las diversas opiniones que ha expresado el *Comité Consultatif National d’Ethique*²⁵, el cual no se manifiesta a favor de la gestación por sustitución debido a que considera que este tipo de técnicas puede servir a intereses comerciales y tener como consecuencia la explotación material y psicológica de las mujeres involucradas. Además, en su última opinión del año 2010, señalaba que la gestación por sustitución por cuenta ajena es contraria a la dignidad humana y puede causar graves efectos emocionales en los hijos.

1.4. UN CASO PARTICULAR: BREVE REFERENCIA A MARRUECOS.

²⁴ MARTÍNEZ DE AGURRE, C., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre Maternidad Subrogada”, *The family watch*, 2017.

²⁵ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *Indret*, 2012.

Uno de los países en los que no se prohíbe ni se permite la gestación por sustitución es en el caso de Marruecos²⁶. En este país no existe ninguna ley al respecto debido a que no existen casos registrados. Una cuestión similar ocurrió con el aborto: la ley que prohíbe el aborto surgió cuando existió una gran tendencia en Marruecos de llevar a cabo estas prácticas.

Es cierto que existe un proyecto de ley, pero tal y como ha señalado el Ministerio de Salud Marroquí ha declarado que el objetivo de esta ley es ayudar a parejas y solo con la condición de que sea un hombre y una mujer que no puedan procrear.

Sin embargo, a pesar de que la gestación por sustitución tiene sus defensores, también tiene sus detractores en este país, debido a va en contra de los valores éticos y religiosos, sobre todo en relación con la religión, porque existe un miedo de que haya problemas entre la madre biológica y la madre gestante²⁷.

2. PROBLEMAS DE RECONOCIMIENTO EN ESPAÑA DE LA FILIACIÓN HABIDA A TRAVÉS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

2.1. INTRODUCCIÓN

La problemática en torno a la materia se ciernen sobre diversas cuestiones legales y jurisprudenciales. La **normativa aplicable al reconocimiento** en España de una filiación ya determinada a través de gestación por sustitución es muy amplia:

- Convención sobre los Derechos del Niño de Nueva York (20 de noviembre de 1989).
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del Consejo de Europa (Roma, 4 de diciembre de 1950).
- Constitución Española de 28 de diciembre de 1978.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
- Código Civil español²⁸.
- Ley de Enjuiciamiento Civil²⁹.
- Ley del Registro Civil.
- Reglamento del Registro Civil.

Uno de los casos más mediáticos relativos a la gestación por sustitución es el que procede analizar a continuación.

Surge cuando un matrimonio de varones viaja a Estados Unidos para realizar un contrato de gestación por sustitución, en el que no consta que ninguno de ellos aportase

²⁶ “Marruecos considera la procreación a través de la gestación por sustitución”, disponible en <http://www.savidaty.net/node/408311> [أسرة-ومجتمع/أخبار-أسرة-ومجتمع/المغرب-يبيح-الإنجاب-عن-طريق-تأجير-الأرحام](http://www.savidaty.net/node/408311), consultado el 14 de noviembre de 2017.

²⁷ “La difusión del fenómeno de la gestación por sustitución en Marruecos”, disponible en <https://www.maghress.com/telexpresse/13602>, consultado el 14 de noviembre de 2017.

²⁸ Concretamente, los artículos 9.4, 12.4, 12.6 y 17.1.

²⁹ Vid. artículo 323.2°.

sus gametos; de este contrato, nacen dos niños que son inscritos en el Registro Civil californiano, donde está legalmente autorizada la gestación por sustitución.

Una vez inscrita allí la filiación a favor de los padres comitentes, regresan a España, donde solicitan la inscripción de la filiación determinada en el Registro consular de España de San Diego Los Ángeles, California.

2.2. ANÁLISIS DE LA RDGRN DE 18 DE FEBRERO DE 2009.

2.2.1. Consideraciones previas sobre las normas de acceso al Registro Civil

Primero, se procederá al estudio del desarrollo legal de esta materia:

El artículo 15 de la LRC dispone que en el Registro constarán los hechos inscribibles que afectan a los españoles y los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros.

Respecto a la **inscripción de nacimientos**, el artículo 16 de la LRC dispone que:

- Los nacimientos se inscribirán en el Registro Municipal o Consular del lugar en que acaecen, si se desconoce el lugar, la inscripción del nacimiento se hará en el Registro correspondiente a aquel en que se encuentre el niño.

- El Registro competente para las inscripciones de los nacimientos ocurridos en el curso de un viaje, el del lugar en que se dé término al mismo.

- Los nacimientos acaecidos en territorio español podrán inscribirse en el Registro Civil Municipal correspondiente al progenitor o progenitores legalmente conocidos.

- En casos de adopción internacional, el adoptante o los adoptantes de común acuerdo, pueden solicitar directamente en el Registro Civil de su domicilio que se extienda inscripción.

- En el Registro Civil en el que se practique la inscripción de nacimiento acaecido en el extranjero, comunicará dicha inscripción al Registro Central, que seguirá siendo competente para todos los demás actos de estado civil que afecten al inscrito.

Según el artículo 23 LRC, las inscripciones se practicarán en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe.

También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española.

Conforme a esto el desarrollo reglamentario establece en su art. 84 el límite del orden público y en su art. 85 requiere que la certificación sea regular y auténtica y que además tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española

En el artículo 71 del Reglamento del Registro Civil se describen una serie de situaciones excepcionales en las cuales se podrá inscribir independientemente del tiempo que haya transcurrido.

2.2.2. Análisis de la RDGRN, de 18 de febrero de 2009

Inicialmente se deniega la solicitud de inscripción en el Registro Civil Consular debido a que el Encargado del Registro Civil se remite a la Ley 14/2006, que en su artículo

10.1 prohíbe la gestación por sustitución, y su artículo 10.2 indica que la filiación de los niños se determinará a favor de la mujer que da a luz.

Los padres recurren y la Dirección General de los Registros y del Notariado expone los siguientes argumentos:

- No se trata de una cuestión de derecho aplicable, pues no implica una “inscripción del nacimiento por declaración”, sino una “inscripción del nacimiento mediante presentación del correspondiente certificado registral extranjero”: esta certificación constituye una decisión extranjera y lo que hay que estudiar es su validez en nuestro territorio (art. 81 RRC).

- La aplicación del artículo 81 RRC excluye la aplicación de la Ley 14/2006 que usó inicialmente el Encargado del Registro Civil.

- El hecho de que se nos plantee que la solución que el Derecho de otro Estado sea idéntico al Derecho español es completamente erróneo ya que, por un lado, cada Estado tiene sus propias normas sobre Derecho Internacional Privado; por otro lado, esto supondría una violación de la seguridad jurídica (consagrada en la CE) y, por último, supondría un incremento de los costes para las partes ya que tendrían que hacer valer la cuestión jurídica de nuevo ante las autoridades de otro Estado.

- Según el artículo 81 el documento presentado tiene que pasar un control de legalidad basado en:

- Se define como un documento público según el artículo 323.2 de LEC será aquel que cumpla los requisitos para ser en el país donde se haya otorgado; en este caso no cabe dudar de ello ya que se cumplen los requisitos que plantea la ley española). Por otro lado, debe ir apostillado y traducido como de hecho iba.

- El artículo 85 del RRC exige que la certificación registral haya sido realizada por una autoridad con competencias equivalentes a las desempeñadas por las autoridades registrales españolas, y en este caso la autoridad registral californiana no solo se ha ocupado de dar fe al nacimiento, sino que ha desarrollado un control de los hechos y de la ley aplicable.

Dicha certificación registral extranjero no vulnera el orden público internacional, ya que no lesiona los principios jurídicos básicos del Derecho español, ni tampoco el correcto y pacífico funcionamiento de la sociedad española.

Por un lado, se hace analogía con la filiación de un hijo adoptado por dos sujetos varones, idéntica solución puede darse a los hijos no naturales que se registrarán por el principio de igualdad del artículo 14 CE.

Por otro lado, el artículo 7.3 de la Ley 14/2006 permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, y no permitir que conste a favor de dos hombres sería discriminatorio según los preceptos de la CE.

El no permitir la inscripción en el Registro Civil violaría el interés superior del menor, interés que debe ser defendido por las autoridades públicas según la Convención sobre los Derechos del Niño hecha en Nueva York. Por otra parte, el Tribunal de Justicia, interpretando el “interés superior del menor” se ha referido a la filiación única.

No se ha realizado en este caso ningún fraude de ley, ya que no se intenta eludir una ley imperativa española, sino la protección del interés superior del menor. En el auto del Encargado del Registro Civil que denegó la inscripción tampoco se hacía referencia al fraude de ley.

Los nacidos en California tendrán la nacionalidad española, según el artículo 17.1 CC, al ser hijo de padre o madre españoles.

2.3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA N° 193/2010, DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2010, DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 15 DE VALENCIA

Esta sentencia se origina cuando el Ministerio Fiscal interpone una demanda contra la Resolución de 18 de febrero de 2009 de la Dirección General de los Registros y del Notariado. El Ministerio Fiscal solicitaba la infracción del art. 10 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, porque el contenido de dicha Resolución era contrario al orden internacional público español.

En este sentido, el Juzgado, una vez que recordó los hechos y la normativa aplicable al caso³⁰, analizó los siguientes aspectos para dictar su sentencia:

En primer lugar, procedió a examinar si se podía aplicar o no el art. 10 de la Ley 14/2006 TRHA.

Entiende que se cumplen los requisitos formales necesarios para que la certificación registral extranjera tenga acceso al Registro Civil español³¹. Sin embargo, el problema surge respecto al alcance del fondo de la Resolución, puesto que la DGRN se fundamenta en la aplicación del art. 81 del Reglamento del Registro Civil, de 14 de noviembre de 1958 sin tener en cuenta que dicho Reglamento desarrolla la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en concreto, el art. 23³².

Por una parte, establece que el encargado del Registro Civil debe comprobar la realidad del hecho inscrito, sin dudar de que lo establecido en la certificación sea real. Pero no es posible determinar la certeza porque se considera biológicamente imposible que los solicitantes sean los padres de los menores.

Por otra parte, considera que el encargado del Registro Civil debe examinar si la inscripción que se pretende es conforme a la ley española, en concreto, si se vulnera o no el contenido de la Ley 14/2006 TRHA.

El Juzgado llega a la conclusión de que el art. 10 de la Ley 14/2006 TRHA establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución, aunque no exista ninguna sanción administrativa ni penal, puesto que el resultado de su celebración provoca que la filiación de los hijos nacidos se determine mediante el parto, otorgándose a la madre que los da a luz.

Por tanto, la legislación española prohíbe el contrato de gestación por sustitución, de tal forma que el encargado debe inadmitir el acceso de la inscripción de la certificación extranjera al Registro Civil cuando examine su legalidad en virtud del art. 23 de la LRC.

³⁰ Sentencia n° 193/2010 de 15 de septiembre, del Juzgado de Primera Instancia de Valencia, p. 2-4. Fundamentos de derecho Primero y Segundo.

³¹ Requisitos establecidos en los arts. 81 y 85 del RRC, es decir, tiene que ser un documento público autorizado por una autoridad extranjera y que dicha autoridad desempeñe funciones equivalentes a las de los registros civiles españoles.

³² “Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados de la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española”.

En este sentido, José Ramón de Verda y Beamonte³³ destaca la coincidencia de la legislación española con la legislación italiana y francesa respecto a la nulidad del contrato de gestación por sustitución. En Francia se entiende que interviene el orden público (por la aplicación de los arts. 16.7 y 16.9 del Código Civil francés) y en Italia, incluso se establece una sanción penal de tres meses a dos años y una multa de 600.000 a un millón de euros (en virtud del art. 12.3 de la Ley de 19 de febrero de 2004, núm. 40).

En segundo lugar, analizó los argumentos alegados de la DGRN sobre la no vulneración del orden público internacional español.

Respecto al argumento de *“si los hijos adoptados pueden tener dos padres varones y la ley no distingue entre hijos adoptados e hijos naturales, los hijos naturales deben poder tener dos padres varones naturales”*, el Juzgado lo desestima porque los hijos naturales no pueden tener dos varones naturales dado que biológicamente no pueden concebir ni engendrar.

El segundo argumento de que *“se trata de sujetos del mismo del mismo sexo”* y que *“la no procedencia de la inscripción no nace de que los solicitantes sean varones, sino que los bebés nacidos lo son como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución”*, no es válido porque la ley no distingue los supuestos de sexos, ya que se aplicaría tanto a una pareja de varones, como de mujeres, hombre o mujer sola o pareja heterosexual. El Juzgado destaca que lo importante es la forma del alumbramiento, y en este caso se trata de un caso de gestación por sustitución.

Según el Juzgado, el tercer argumento es correcto porque se refiere a que *“el interés superior del menor aconseja la inscripción en el Registro Civil español de la filiación del registro extranjero y conlleva el derecho de los menores a una identidad única”*, pero este fin no justifica los medios. Significa que este fin no puede legitimar actos contrarios al ordenamiento jurídico español, porque la inscripción de la filiación en el Registro Civil se puede conseguir mediante otras vías reconocidas.

Sobre el argumento de *“la ausencia de forum shopping fraudulento por parte de los interesados”*, el Juzgado señala que el matrimonio conocía la prohibición de esta técnica en España, puesto que acudieron al estado de California donde se permite la gestación por sustitución. En consecuencia, asumieron el riesgo de que la certificación del nacimiento de los hijos en California no se pudiera inscribir en el Registro Civil español como hijos naturales de ambos.

Por último, el Juzgado de Primera Instancia recuerda un supuesto parecido sobre el acceso al Registro civil de los matrimonios entre personas del mismo sexo contraídos con anterioridad a la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Destaca que, antes de la entrada en vigor de dicha ley, estos matrimonios tuvieron prohibido el acceso al Registro Civil. Por tanto, la DGRN tuvo que dictar la Resolución-Circular, de 29 de julio de 2005, para resolver el problema del reconocimiento en España de los matrimonios celebrados en el extranjero entre españoles o entre españoles/as y extranjeros/as del mismo sexo.

Con estos argumentos el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia estimó en su totalidad la demanda del Ministerio Fiscal contra la Resolución de 18 de febrero de

³³ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Inscripción de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, 2010, p. 3.

2009, de tal forma que dejó sin efecto y canceló la inscripción de nacimiento y la filiación de los menores realizada por el encargado del Registro Civil consular de California.

2.4. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA, DE 23 DE NOVIEMBRE DE 2011

Contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 15 de Valencia el 15 de septiembre de 2010, el matrimonio español interpuso recurso de apelación.

La Audiencia Provincial ratifica la decisión acordada por el Juzgado de Primera Instancia dejando sin efecto la inscripción realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles, en base a los siguientes fundamentos jurídicos.

En primer lugar, como se trata de decidir si una certificación registral extranjera que establece una filiación que es consecuencia de la gestación por sustitución puede acceder o no al Registro Civil español, resulta de aplicación el art. 23 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957.

Este precepto establecía que *“[l]as inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”*.

Por tanto, para la inscripción de la certificación extranjera ésta tiene que superar previamente un control de legalidad llevado a cabo por el Encargado del Registro Civil y, en este caso, no se puede permitir la inscripción de la filiación certificada por los funcionarios extranjeros porque ésta es contraria al art. 10 LTRHA, el cual declara la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución.

En contra de ello no se puede invocar el art. 81 y art. 85 del Reglamento del Registro Civil en virtud del principio de jerarquía normativa reconocido en el art. 9.3 CE.

En segundo lugar, el método del reconocimiento de decisiones extranjeras adoptado por la parte recurrente, el cual implica *“la consideración de las certificaciones registrales extranjeras como auténticas decisiones susceptibles de ser incorporadas al ordenamiento español, con los efectos en cada caso pertinentes, y que resultan de la aplicación de la norma de conflicto propia del Estado de origen”*, se encuentra con varios obstáculos que radican en la infracción del orden público internacional español en aplicación de lo establecido por el art. 954.3 LEC de 1881³⁴.

El contrato de gestación por sustitución es una figura que puede entrar en contraposición con principios y derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico español, destacando aquellos que aparecen protegidos por la CE, como por ejemplo la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), el derecho a la integridad moral (art. 15 CE) o el art. 39.2 CE que proclama que los poderes públicos deben asegurar la protección integral de los hijos y de las madres cualquiera que sea su estado civil.

Asimismo, el art. 1271 CC establece que *“[p]ueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras”*, y el art. 1275 CC señala que *“[l]os contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno”*.

³⁴ Derogado por el nº 1 de la disposición derogatoria única de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

También es resaltable que el tribunal considera al art. 10 LTRHA como una norma de policía en el sentido del art. 9.1 del Reglamento 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. Ello es así en cuanto cumple la función de salvaguardar diversos intereses públicos del Estado español.

En tercer lugar, las recurrentes aseveran que, conforme a la Instrucción de 5 de octubre de 2010, la filiación californiana de los menores se inscribiría en el Registro Civil español.

Esta Instrucción establece la posibilidad de la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de menores en el extranjero a través de la gestación por sustitución. Para ello es necesario que se presente una resolución judicial expedida por el tribunal extranjero competente en la que se determine la filiación del nacido, y se debe constatar que se ha respetado el interés del menor y los derechos de la madre gestante figurando su identidad.

El tribunal señala que dicha resolución judicial no consta en el procedimiento que se está llevando a cabo, ni tampoco consta en el mismo la identidad de la madre, por lo que no cabe manifestar que conforme a la Instrucción de 5 de octubre de 2010 la filiación californiana de los menores se inscribiría en el Registro Civil español.

Además, es destacable la actuación llevada a cabo por el matrimonio español en el sentido de que se desplaza al extranjero para formalizar un contrato que está prohibido en España eludiendo la aplicación de la norma de conflicto española. Esto nos puede plantear la duda de si incurren en un fraude de ley de acuerdo a lo dispuesto en el art. 12.4 CC: *“Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española”*.

Respecto a esta cuestión, el tribunal considera que *“no puede decirse que los demandados hayan utilizado una norma de conflicto para eludir una ley imperativa española, sino que hay indicios consistentes para pensar que han huido de ella”*.

En cuarto lugar, se pone de manifiesto la posible infracción de los principios de igualdad y de prohibición de discriminación por razón de sexo consagrados en el art. 14 CE, en cuanto que el art. 7.3 LTRHA establece que *“[c]uando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”*. Por tanto, este precepto permite la inscripción en el Registro Civil de la filiación por naturaleza a favor de dos mujeres mientras que no se permite la de dos hombres.

En este caso no habría discriminación porque las mujeres no necesitan recurrir a otra mujer para llevar a cabo la gestación mientras que una pareja de hombres por una cuestión biológica sí que lo necesitan, de tal forma que científicamente es inviable que ambos padres sean los biológicos. Por ello el tribunal argumenta que *“no puede considerarse discriminatorio el tratar desigualmente lo que es desigual”*.

Además, considera que no es un tema relacionado con el sexo de las personas sino con la modalidad utilizada para la procreación, que es la gestación por sustitución, la cual está prohibida por el art. 10 LTRHA. Esto supone que si una pareja de mujeres acudiera a la gestación por sustitución también le sería aplicable la misma prohibición que a una pareja de hombres, por lo que no hay una discriminación por razón de sexo.

Por otro lado, los recurrentes consideran que la filiación es una *“consecuencia última y periférica del contrato de gestación por sustitución”*, pero el tribunal no lo

admite como tal teniendo en consideración lo dispuesto en el art. 1274 CC. Este precepto señala que “[e]n los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor”.

En virtud de este artículo, se señala que la filiación es un elemento esencial del contrato en cuanto constituye su causa para los comitentes y el objeto de la prestación de la gestante.

Por último, los recurrentes afirman que “*en el caso de que su pretensión no fuera estimada, el destino de los menores sería ir a un orfanato o ser devueltos a los Estados Unidos donde también sufrirían un destino similar*”. Respecto a esta aseveración, el tribunal considera que no existe prueba alguna que lo confirme.

En este sentido, el tribunal afirma que “*toda la resolución que afecta a los menores de edad debe tener como guía el principio del interés del menor*” en base a numerosa normativa como el art. 3 del Convenio sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 o el art. 39 CE. No obstante, la consecución de este interés no puede lograrse vulnerando la ley, especialmente cuando la ley prevé otros cauces para la inscripción de la filiación de los menores a favor de los recurrentes.

Tomando en consideración los argumentos previamente señalados, la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación.

2.5. CONTEXTO DE LA SENTENCIA 825/2013, DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 6 DE FEBRERO DE 2014

Los antecedentes de hecho del caso parten de la Resolución de la DGRN de 17 de febrero de 2009, basada en la negativa del Encargado del Registro Consular de España en California a inscribir la filiación de los menores por haber nacido mediante gestación por sustitución, contrato considerado nulo por el ordenamiento jurídico español (art. 10 LTRHA³⁵).

La filiación, determinada ya por una autoridad extranjera e inscrita en el Registro Civil de California³⁶, es admitida por la DGRN en el recurso presentado por los padres de los menores con el fin de garantizar el interés superior de los menores; sin embargo, el Ministerio Fiscal plantea un recurso ante los Juzgados de Primera Instancia de Valencia³⁷, a partir del cual se anula la inscripción de la filiación en el Registro Civil español.

³⁵ LTRHA: Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

³⁶ La gestación por sustitución es admitida en California desde 1993 (Decisión *Johnson vs. Calvert*, dictada por la Corte Suprema de California); según la Decisión, para establecer la filiación jurídica se atiende al momento de la concepción (la mujer que suscribe el contrato es quien tiene intención de ser madre, y no la gestante). Existe un procedimiento por el cual la madre gestante (y su pareja, en su caso) deben consentir en cuanto a la determinación de la filiación a favor de los padres comitentes antes del nacimiento, por lo que no tendrán derechos ni obligaciones sobre la guarda del menor; solo se exige, en base a la legislación californiana, que la madre subrogada resida en California. *Vid.* DURÁN AYAGO, A. “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado, Tomo 12*, Iprolex 2010, p. 279.

³⁷ *Vid.* Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010.

La Audiencia Provincial de Valencia viene a confirmar esa decisión³⁸ en base al artículo 23 LRC³⁹, donde se dispone que solo podrán acceder al Registro español aquellas certificaciones extranjeras sobre las que no haya duda respecto de su legalidad conforme a la ley española. Por tanto, no se recurre al orden público internacional español, sino que se toma en cuenta la aplicación o no de una ley española.

El Tribunal Supremo confirma las decisiones de las instancias judiciales previas, señalando que es de aplicación el artículo 10 LTRHA, y que ello no implica vulneración del principio del interés superior del menor, ni tampoco del principio de igualdad, cuestiones que se analizarán con detenimiento a continuación.

2.5.1. Cuestiones suscitadas en el recurso de casación

El recurso de casación es interpuesto por dos varones casados en España en 2005 que, a través del contrato de gestación por sustitución celebrado en California, solicitaron la inscripción de filiación a su favor en el Registro Civil consular de Los Ángeles en 2008. Para ello, apartaron los certificados de nacimiento de los dos menores nacidos mediante gestación por sustitución, certificados expedidos por la autoridad registral de California y donde aparecían inscritos como hijos de los recurrentes.

Después de varios recursos ya analizados previamente, interponen un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, donde alegan la vulneración del principio de igualdad contenido en el artículo 14 CE, aludiendo también al derecho de identidad única del menor y a su interés superior.

Su argumentación se ciernen en torno a tres circunstancias:

1. **Denegación de la inscripción en el Registro Civil español de la filiación ya establecida por la autoridad californiana:** consideran que existe un trato discriminatorio por tratarse de una pareja del mismo sexo.

2. **Privación de la filiación a los menores:** implica una vulneración del interés superior de los menores, y ello lo fundamentan en torno a dos ejes:

a. La mujer gestante se limita a cumplir con un contrato, motivo por el cual los recurrentes son los más apropiados para ejercer la función de padres.

b. Los menores tienen derecho a una identidad única.

3. **Vulneración del orden público internacional español:** no se trata de una contradicción con este, sino que la cuestión radica en el reconocimiento y ejecución de una decisión extranjera en España, por lo que no cabe analizar el fondo del asunto.

2.5.2. Análisis del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo expone su argumentación sobre el asunto en el siguiente orden:

1. El reconocimiento de decisiones extranjeras y el orden público internacional español.

2. La inexistencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual.

3. El interés superior del menor.

³⁸ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011.

³⁹ Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil.

Incluye también alusión a las costas, el fallo y, además, un voto particular cuyo estudio se realizará con posterioridad.

- El reconocimiento de decisiones extranjeras y el orden público internacional español

Lo primero que hace el Tribunal Supremo es diferenciar entre dos técnicas jurídicas:

• **Conflicto de leyes:** supone una valoración conforme al orden público internacional español, por lo que el Encargado del Registro Civil sí debe proceder a un control de legalidad si pretende proceder a la inscripción de un nacimiento por declaración (art. 168 RRC⁴⁰).

• **Reconocimiento de decisiones extranjeras:** en este supuesto, la inscripción de un nacimiento se basa en una cuestión de validez extraterritorial de una decisión extranjera en España, y no de Derecho aplicable. Por tanto, el Encargado del Registro Civil no tendrá que controlar la legalidad del fondo del asunto, sino que se aplicarán las normas jurídicas españolas sobre acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras (art. 81 RRC).

En el presente caso, la técnica jurídica aplicada es la del reconocimiento de decisiones extranjeras en España, por lo que el control que ha de llevarse a cabo se extiende a los siguientes extremos:

• **Certificación extranjera regular y auténtica:** se exigen unas garantías análogas a las exigidas para la inscripción española.

• **Confirmación de la realidad del hecho inscrito y de su conformidad con la ley española**⁴¹: señala el Tribunal que el control no debe limitarse a los aspectos formales, sino que deben estudiarse las cuestiones de fondo, comprobando que el contenido de la certificación extranjera respeta las normas, principios y valores públicos que componen el orden público internacional español.⁴² Así, el orden público es un límite que actúa frente al reconocimiento de decisiones extranjeras⁴³.

En base a esto, el Alto Tribunal entiende que la inscripción es totalmente contraria al orden público internacional español y que, además, vulnera la ley española. En cuanto a la primera cuestión, entiende que la inscripción deriva directamente de un contrato nulo de pleno derecho, por lo que no cabría su validez y ejecución en España; respecto de la segunda puntualización, observa un choque frontal de la filiación que se pretende escribir con el artículo de 10 LTRHA.

Es por ello que se confirman las sentencias de instancias inferiores al entender que, de permitirse la inscripción, se infringirían las normas del ordenamiento jurídico

⁴⁰ RRC: Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil.

⁴¹ Artículo 23, inciso segundo, de la Ley del Registro Civil: “*También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española.*”

⁴² Para el supuesto concreto, debe atenderse a los artículos 10.1 (libre desarrollo de la personalidad), 32 (derecho a contraer matrimonio), 18.1 (protección de la familia y de los hijos), 39 (estado civil y protección de la infancia), 15 (integridad física y moral) y 10.1 (respeto a la dignidad) de la Constitución Española de 1978.

⁴³ *Vid.* STC núm. 54/1989, de 23 de febrero: en su fundamento jurídico cuarto, señala el Tribunal Constitucional que las autoridades públicas españolas, así como los Jueces y Tribunales, no podrán reconocer resoluciones extranjeras que sean contrarias al orden público internacional español.

español⁴⁴ destinadas a evitar la mercantilización de la gestación y de la filiación, la cosificación de la mujer y el abuso de mujeres en situación de pobreza, destinadas todas ellas a garantizar el interés superior del menor y la dignidad e integridad moral de la mujer gestante.

- La inexistencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual

Los recurrentes argumentan un paralelismo entre la situación de una pareja de dos mujeres, a la cual se permite inscribir la filiación a favor de ambas cuando, estando casadas y no separadas legalmente o de hecho, una de ellas se someta a un tratamiento de reproducción asistida (art. 7.3 LTRHA), y la situación de dos varones que recurren a la gestación por sustitución por la imposibilidad biológica de que uno de los miembros de la pareja pueda llevar a cabo el embarazo.

El Tribunal Supremo no considera admisible este argumento por entender que la situación no es asimilable y que, por tanto, no puede darse un tratamiento igual a los supuestos. En definitiva, no puede existir un trato discriminatorio entre dos situaciones distintas en su origen porque, por tal motivo, la solución aplicable será diferente.

También hace un inciso a la posible discriminación por razones de orientación sexual, declarando la inexistencia de esta porque la decisión del Tribunal sería la misma en el caso de parejas heterosexuales, homosexuales cuando se trata de dos mujeres, parejas de hecho o una sola persona, ya sea hombre o mujer, y ello es así porque el contrato de gestación por sustitución es nulo en el ordenamiento jurídico español, por lo que sus efectos no pueden ser reconocidos en España.

- El interés superior del menor

El interés superior del menor es un principio rector en el Derecho de Familia, y como tal se proyecta en dos planos:

● **Nivel nacional:** lo recoge la Constitución Española de 1979 (art. 39) y también la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

● **Nivel internacional:** se observa en la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 24.2) o en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

Además, ha inspirado la jurisprudencia de los tribunales nacionales e internacionales, que se han encargado de concretar este concepto caso por caso. Al tratarse de un concepto jurídico indeterminado, resulta especialmente complejo realizar una interpretación en casos controvertidos, y así lo señala el Tribunal Supremo en la sentencia analizada, predicando que *“no existe una unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio”*.

Ello explica que los recurrentes y las diferentes instancias judiciales hayan tenido consideraciones diferentes a la hora de concretizar el interés superior del menor para el caso objeto de estudio.

⁴⁴ Convenio de la Haya, de 29 de mayo de 1993, sobre la Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional (art. 4), Ley 14/2006, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (art. 10), Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (art. 221.2).

Por una parte, los recurrentes afirman que los más indicados para cuidar de los menores son ellos por haber prestado su consentimiento para ser padres, mientras que la mujer gestante únicamente se limitó a cumplir una prestación contractual.

En cambio, el Tribunal Supremo entiende que ese motivo podría extrapolarse a otras situaciones como, por ejemplo, admitir la determinación de la filiación a favor de familias con una situación económica favorable, frente a otras familias desestructuradas o en situaciones económicas complicadas, desatendiendo el medio por el que hubiese sido conseguido el menor. No sería correcto admitir situaciones en las que el interés del menor se determinase en base a la posición económica de la familia o al interés que tienen en él.

En este sentido, interpreta el Tribunal que el interés del menor, como principio general del Derecho, debe servir para interpretar la ley y colmar las lagunas que pudieran existir, pero no para contrariarla, porque eso supondría una desvinculación del juez no solo respecto del sistema de fuentes, sino también del principio de sujeción a la ley (art. 117.1 CE), expresión de la voluntad popular.

Además, subraya la necesidad de conectar el principio del interés superior del menor con los bienes jurídicos relacionados, lo que exige una ponderación a favor de uno u otro en función del caso concreto. Como ya se señaló con anterioridad, las normas pretenden evitar la mercantilización de la filiación y el abuso de mujeres en estado de necesidad porque, como sostiene el Tribunal Supremo, eso contraría principios como la dignidad e integridad moral de la mujer gestante.

El Tribunal parte de la base de que una filiación determinada a través de un contrato nulo resulta más perjudicial para el menor que el hecho de no tener determinada la filiación de manera inmediata. Esto puede relacionarse directamente con el derecho a la identidad única de todo menor, es decir, el derecho a tener nombre, apellido, fecha de nacimiento, sexo y nacionalidad, destinado todo ello a probar la inclusión de la persona dentro de la sociedad con su inscripción en el Registro Civil. La identidad única se proyecta por encima de las fronteras estatales, y se entiende que es un bien jurídico de menor relevancia frente a todos aquellos que protegen las normas destinadas a evitar la gestación por sustitución.

El artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a inscribir al menor de forma inmediata tras su nacimiento, por lo que la solución lleva a inscribir a los menores en el Registro Civil, dejando la filiación indeterminada; la problemática que deriva en el caso es la situación de desprotección en que deja a los menores en cuanto a la determinación de la filiación, que solo puede corregirse conforme a las previsiones contenidas en el ordenamiento español (convenios internacionales ratificados por España y normas de producción interna).

Por ello, y aunque no es objeto del recurso, el Tribunal Supremo propone diversas opciones para lograr una efectiva inclusión de los menores en el núcleo familiar contenidas en la legislación española, tales como la reclamación de paternidad respecto del padre biológico⁴⁵, el acogimiento familiar o la adopción.

No obstante, eso solo es posible si se constatan los siguientes puntos:

- Ruptura de todo vínculo entre la gestante y los menores.
- Existencia de núcleo familiar compuesto por los menores y los recurrentes.
- Paternidad biológica de alguno de los recurrentes respecto de los menores.

⁴⁵ Artículo 10 LTRHA.

Para ello, los poderes públicos están sometidos al mandato del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁶, por lo que el Ministerio Fiscal deberá constatar la existencia de un núcleo familiar inclusivo y real entre los recurrentes y los menores; en caso de no existir, podrá ejercitar las acciones pertinentes para favorecer los intereses de los menores y la correcta determinación de la filiación.

2.5.3. Costas y fallo

El Tribunal Supremo, en base al artículo 398.1 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, no hace expresa imposición de las costas por apreciar dudas de Derecho, por la relevancia de los votos particulares de la sentencia y, además, por tratarse de un litigio en el que los recurrentes defienden la legalidad de una resolución de la DGRN.

En cuanto al fallo, el Alto Tribunal desestima el recurso de casación e insta al Ministerio Fiscal a garantizar la protección de los menores asegurando su integración en un núcleo familiar.

2.5.4. Voto particular

El voto particular lo formula uno de los Magistrados, y a él se adhieren otros tres⁴⁷; se incide en tres cuestiones:

1. Acceso al Registro de la certificación expedida por la autoridad administrativa de California.
2. Orden público.
3. Interés superior del menor.

En cuanto al primero de los puntos discrepantes, el voto particular recuerda la existencia de una decisión previa relativa a la filiación de los menores, motivo por el que no deberían plantearse cuestiones sobre la ley aplicable al determinar el reconocimiento de la decisión extranjera y su acceso al Registro Civil español.

Por tanto, solo habría que analizar si se cumplen los requisitos de reconocimiento de un documento emitido por una autoridad extranjera en los términos del artículo 81 RRC, y al no exigir un control de legalidad conforme a la ley española, no cabría alegar el artículo 10 LTRHA como motivo de denegación del reconocimiento.

Esto lleva al análisis del segundo punto de discrepancia: la posible contrariedad con el orden público internacional español. Aunque el contrato de gestación por sustitución es nulo en el ordenamiento jurídico español, solo cabe analizar si es posible su reconocimiento⁴⁸; desde la perspectiva del orden público, este solo puede afectar a la tutela del interés del menor por ser uno de sus valores integrantes, pero no a la cuestión de la legalidad del contrato de gestación.

El voto particular hace mención a la mercantilización de la gestación y filiación, así como a la cosificación de la mujer, y señala respecto de tales extremos lo siguiente:

• Un contrato de gestación por sustitución permite a aquellas personas que biológicamente no pueden tener un hijo genéticamente propio, materializar su derecho a procrear.

⁴⁶ Establece el derecho al respeto de la vida privada y familiar.

⁴⁷ Formulado por el Magistrado D. José Antonio Seijas Quintana, al que se adhieren los Magistrados D. José Ramón Ferrándiz Gabriel, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas y D. Sebastián Sastre Papiol.

⁴⁸ Informe de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya, de 10 de marzo de 2012, sobre los problemas de los contratos de gestación subrogada en el ámbito internacional.

- El consentimiento de la madre gestante no puede presumirse viciado ni tampoco puede ser subestimado, porque se hace ante una autoridad judicial encargada de comprobar que tal consentimiento es libremente prestado y con conocimiento de las consecuencias.

- El niño nacido de un contrato de gestación no ve afectado su interés al menor, porque se desarrollará con una familia que lo quiere⁴⁹; es decir, el foco de la gestación por sustitución no se encuentra en la técnica, ni en el precio que se ponga o no, sino en la voluntad de unos padres de tener un hijo. Por tanto, no es una cuestión de vinculación genética, sino de deseo por ser padre o madre⁵⁰.

- En todo caso, las autoridades públicas velarán por la protección del menor.

También explica que, para examinar si existe una contrariedad con el orden público internacional español, no hay que recurrir a una ley que declara nulo el contrato, sino a los valores y principios constitucionales, y de este análisis no se puede afirmar la observación de una merma de la dignidad de los menores, ni tampoco de la gestante, quien libre y voluntariamente suscribió el contrato de gestación por sustitución; además, no se ha constatado la existencia de beneficios económicos, y la propia DGRN afirma que se ha respetado el interés superior de los menores, y que al producirse una ruptura del vínculo materno, se garantiza el derecho de los menores de disponer de una única filiación⁵¹.

La clave del voto particular en cuanto a este motivo de discrepancia se encuentra en la división de funciones atribuidas al legislador y a los órganos jurisdiccionales:

- **Obligación del legislador:** debe diseñar un marco legal que garantice los derechos de las gestantes para evitar su mercantilización y cosificación, y también de los padres contratantes.

- **Obligación de los Jueces y Tribunales:** caso por caso, analizarán las situaciones y comprobarán que se garantiza el interés superior del menor y si los derechos de las partes que el legislador ha establecido han sido o no respetados.

Se argumenta también en el voto particular que no hay cabida para la discriminación por parte de instituciones públicas o privadas por razones de filiación, aunque su origen sea ilegal⁵².

El voto particular considera que no cabe aludir al orden público internacional español si este contraría el interés superior del menor. En definitiva, considera válida la inscripción practicada en el Registro Civil.

2.5.5 Análisis pormenorizado de las cuestiones suscitadas en el recurso de casación

- Técnica jurídica aplicable

⁴⁹ El voto particular emplea la siguiente expresión: “*es al niño al que se da una familia y no a la familia un niño*”.

⁵⁰ La técnica de gestación por sustitución no es llevada a cabo únicamente por parejas homosexuales, sino también por parejas heterosexuales que desean tener un hijo y biológicamente no pueden.

⁵¹ Vid. RDGRN de 30 de noviembre de 2011. Algunas resoluciones de la DGRN permiten la inscripción de la filiación del menor nacido por la celebración de un contrato de gestación por sustitución, cuando el contrato se hubiese celebrado en un país que lo permitiese, con el fin de garantizar el interés superior del menor. Se sujeta la inscripción a la existencia de una declaración judicial extranjera de filiación a favor de los padres español y a la constatación de ruptura del vínculo entre el menor y la madre gestante.

⁵² Vid. STSJ Madrid (Sala de lo Social), de 13 de marzo de 2013.

Como ya se mencionó con anterioridad, existen dos técnicas jurídicas presumiblemente aplicables al caso:

- El reconocimiento de una decisión emanada de una autoridad extranjera.
- El conflicto de leyes.

En el supuesto analizado, lo lógico sería llevar a cabo el reconocimiento del acta registral estadounidense donde se estableció la filiación de los nacidos, y no la aplicación de la ley material española⁵³. Esto se denomina “*legeforismo*”⁵⁴, e implica aplicar la ley interna a un supuesto con elementos extranjeros, ignorando la remisión a una norma extranjera que resultaría aplicable al supuesto concreto en base a las reglas de Derecho Internacional Privado del país en concreto.

El *legeforismo* repercute negativamente en el interés superior del menor en el presente caso, porque implica la negación de la nacionalidad española al menor y ese menor podría resultar apátrida si la legislación del país donde se llevó a cabo el contrato ha determinado su filiación a favor de españoles y no le concede protección por haber nacido en tal país⁵⁵.

Precisamente, lo que ocurre es que se aplica el artículo 10 LTRHA⁵⁶, pero siguiendo la técnica jurídica de reconocimiento de decisiones extranjeras, este no podría ser aplicado en el caso de una filiación ya determinada por una autoridad pública extranjera. Sin embargo, las resoluciones judiciales emitidas por los órganos jurisdiccionales españoles confirman la aplicación del precepto y, por tanto, estableciendo la filiación a favor de la madre gestante y manteniendo la posibilidad del padre biológico de ejercitar una acción de determinación de la filiación a su favor.

En este sentido, el Derecho Internacional Privado prevé dos mecanismos de determinación de la filiación en los supuestos de gestación por sustitución⁵⁷:

1. **Tutela por declaración:** se refiere a aquellos supuestos en los que la filiación del nacido no ha sido determinada por autoridades extranjeras, en cuyo caso, serán las autoridades españolas las que establezcan tal filiación. El sistema de Derecho Internacional Privado español se fundamenta en la tesis del elemento de extranjería puro, motivo por el cual basta con apreciar un elemento extranjero para afirmar el carácter internacional del supuesto; por tanto, lo primero que han de hacer las autoridades españolas es aplicar la norma de conflicto, es decir, el artículo 9.4 CC⁵⁸. Este precepto remite contempla tres puntos de conexión: la residencia habitual del menor en el momento de establecimiento de la filiación; si ese punto de conexión no fuese aplicable, se acudiría a la ley nacional del menor; por último, podría ser de aplicación la ley del foro.

2. **Tutela por reconocimiento:** existe una filiación determinada por una autoridad extranjera y, por tanto, se trata de una cuestión de reconocimiento (no de ley

⁵³ Resolución por conflicto de leyes.

⁵⁴ CALVO CARAVACA, A.L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* Vol. 3, Nº1, marzo 2011, p. 247-262.

⁵⁵ Criterio *ius soli*: es el criterio que rige en Estados Unidos.

⁵⁶ Ley material interna española. VELA SÁNCHEZ. Op. cit., p. 156.

⁵⁷ CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ. Op. cit., p. 247-262.

⁵⁸ CC: Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil publicado en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo de 2017.

aplicable⁵⁹). Al no resultar de aplicación la ley material española, no tendrá sentido analizar la contrariedad o no de la filiación conforme al artículo 10 LTRHA. Esto se explica partiendo de la filiación ya establecida por una autoridad extranjera, sobre la cual la cuestión a dirimir es si puede o no desplegar efectos en España.

En definitiva, el error de técnica jurídica cometido por los tribunales españoles lleva a una situación que pone en riesgo el interés superior del menor, pues tendrá una filiación determinada de manera diferente en dos Estados: en España, se habrá fijado conforme al art. 10 LTRHA, y en Estados Unidos, conforme a la Sección 7630 del *California Family Code*. Ello, interfiere con el derecho de todo menor a tener una identidad única.

- El orden público internacional español y el interés superior del menor

El orden público internacional español es un concepto jurídico indeterminado e integrado por los valores y principios fundamentales del ordenamiento jurídico español; gran parte de su contenido se encuentra en la parte dogmática de la Constitución Española de 1978, pero eso no implica que todo componente del orden público deba estar recogido en ella. Su concreción se realiza caso por caso, y en España rigen tesis que reducen la aplicación del orden público internacional con el fin de favorecer la tutela judicial efectiva, pues en caso contrario, no se podrían reconocer multitud de resoluciones procedentes de otros Estados.

En cuanto al interés superior del menor, este viene recogido en el artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, donde se señala que debe prevalecer siempre, independientemente del conflicto que sea. No solo puede afirmarse que es un principio, sino que también es Derecho y una norma de procedimiento⁶⁰, y su adopción en el ordenamiento jurídico español se localiza en el artículo 39 CE, referido a la igualdad entre los hijos, con independencia de cuál sea su origen (naturales, adoptivos, matrimoniales o extramatrimoniales).

El interés superior del menor en el caso concreto ha de entenderse como un garante de la determinación de la filiación a favor de un menor; el problema que se cierne sobre el asunto no es realmente determinar el criterio prioritario que se ha de seguir para determinar la filiación⁶¹ (genético⁶², gestativo⁶³ o social⁶⁴), sino cuál se adaptaría mejor al interés superior del menor en función del caso concreto.

La conexión existente entre el orden público y el interés del menor conlleva a cuestionar los límites a los que debería someterse la intervención del orden público; como se ha dicho, el interés del menor es superior en todo caso, con independencia del asunto de que se trate, y tal interés implica garantizar el derecho del menor a gozar de una identidad única, la cual debe constar en un Registro Civil para ser eficaz.

Por tanto, en los casos de gestación por sustitución el orden público únicamente debe intervenir en la medida en que se constate la existencia de vulneración del interés superior del menor, o en aquellos supuestos en los que la gestante no haya consentido libre y voluntariamente la celebración del contrato.

⁵⁹ Artículo 9.4 CC.

⁶⁰ Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

⁶¹ DURÁN AYAGO, A. "El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución".

⁶² Genético: a favor de la mujer que aporta su material genético.

⁶³ Gestativo: a favor de la mujer gestante.

⁶⁴ Social: a favor de la mujer que celebra el contrato con la mujer gestante.

En conclusión, es posible el reconocimiento de resoluciones dictadas por autoridades extranjeras en las que se haya determinado una filiación, aunque esta derive de un contrato de gestación por sustitución; eso no atenta, en ningún caso, contra la prohibición contenida en el artículo 10 LTRHA sobre los contratos de gestación por sustitución, pues esta ley no tiene funcionalidad fuera del territorio español, donde los ciudadanos españoles son libres de celebrar contratos conforme a las leyes del Estado en que se encuentren siempre que posean la capacidad suficiente.

- Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida: problemática

En el recurso presentado ante el Tribunal Supremo se incluyó un argumento basado en la discriminación por razón de sexo; su fundamento se encuentra en la posibilidad que tiene una pareja de dos mujeres de inscribir la filiación de un nacido mediante técnicas de reproducción asistida cuando la madre gestante fuese una de las mujeres de la pareja y estuvieran casadas y no separadas legalmente o de hecho; la mujer no gestante puede consentir que se determine a su favor la filiación respecto del nacido (art. 7 LTRHA).

Como ya se explicó en la sentencia, se tratan de supuestos de hecho diferentes; sin embargo, si se coloca el acento en la voluntad de querer ser padre o madre, como es el caso de las personas que recurren a estas técnicas, debería ser posible que las parejas formadas por dos hombres manifestasen de igual modo su consentimiento para determinar a su favor la filiación respecto del nacido a través de la gestación por sustitución.

No son supuestos de hecho iguales, pero sí es verdad que en ambos casos los vínculos genéticos quedan apartados, primando el deseo de ser padre o madre, lo cual repercutirá, en definitiva, en el menor positivamente, pues desarrollará su personalidad en el seno de una familia querida.

2.6. AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº 335/2015, DE 2 DE FEBRERO DE 2015

Ante la controversia suscitada, los recurrentes promovieron en casación un incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia del Tribunal Supremo, el 6 de febrero de 2014, alegando la vulneración de los siguientes derechos fundamentales⁶⁵:

1. **El derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE:** por infracción de las normas sobre carga de la prueba y la desviación del debate sobre el Registro Civil a las consecuencias de la ilicitud en España de la gestación por sustitución.

2. **El derecho a la igualdad sin discriminación:** en relación con los menores por razón de nacimiento y con los padres por razón de su orientación sexual.

3. **El derecho a la intimidad familiar:** respecto al derecho de la pareja a la procreación médicamente asistida.

En este sentido, el Tribunal Supremo analizó detalladamente cada uno de ellos y llegó a la conclusión de que la sentencia citada no vulneraba los derechos fundamentales mencionados. Básicamente los motivos fueron los siguientes⁶⁶:

1. Respecto a la prueba y carga de la prueba, los promotores del incidente alegaron que la sentencia se basó en hechos no probados, pero el Tribunal Supremo

⁶⁵ ATS de 2 de febrero de 2015, p. 3. Fundamento de derecho Primero.

⁶⁶ ATS de 2 de febrero de 2015, p. 3-5. Fundamentos de derecho Tercero, Cuarto y Quinto.

considera que tenían la disponibilidad sobre la prueba y que, por tanto, ellos mismos serían responsables de la falta de acreditación de determinados extremos. Además, tampoco se vulnera este precepto porque la sentencia se dictó de acuerdo con la legalidad de la normativa española⁶⁷ y con las normas del orden público internacional español.

2. Tampoco se vulnera el segundo principio alegado, porque los poderes públicos no obligan a otorgar el reconocimiento de filiación de una relación jurídica que no reconoce el ordenamiento jurídico español, pero sí lo hace un ordenamiento jurídico extranjero. Y no hay discriminación por razón del sexo, porque la decisión adoptada en la sentencia versa sobre las circunstancias de la gestación de los menores y se han adoptado medidas para proteger el núcleo familiar, formado por los menores y los recurrentes.

3. Por último, entiende que derecho a crear una familia no es ilimitado y no incluye la facultad de establecer relaciones de filiación por medios no reconocidos en el ordenamiento jurídico español, siempre que el no reconocimiento no sea contrario a la Constitución Española, ni al orden público internacional, y respete las exigencias del Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales⁶⁸.

No obstante, lo destacable de este Auto, y lo interesante a analizar, es la trascendencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o Tribunal de Estrasburgo, de 26 de junio de 2014, sobre los casos franceses Labassee y Mennesson, y su comparación con la sentencia española.

2.6.1. Resumen de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo⁶⁹

Se trata de dos matrimonios franceses, apellidados Mennesson y Labassee, que contrataron en los EE.UU sendas gestaciones por sustitución, por implantación de embriones en el útero de otras mujeres. De dichas gestaciones nacieron, en un caso, dos niñas gemelas y, en el otro, una niña.

Las sentencias dictadas en los estados de California y de Minnesota, que dieron lugar a las correspondientes actas de nacimiento en los Registros Civiles de estos estados norteamericanos, establecieron la relación de filiación de cada una de las partes con las respectivas niñas.

Las autoridades judiciales francesas se negaron a inscribir en el Registro Civil francés las actas de nacimiento de las niñas por considerar que tal medida era contraria al orden público francés, que establece la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas⁷⁰.

Por consiguiente, los recurrentes interpusieron en los dos casos los recursos de casación alegando la vulneración del mencionado art. 8 del CEDH (respeto a la vida privada y familiar), porque si no se reconocía en Francia una filiación legalmente

⁶⁷ En virtud del art. 23 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

⁶⁸ Puesto que el art. 8 del CEDH establece: 1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.* 2. *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

⁶⁹ ATS de 2 de febrero de 2015, p. 6-9. Fundamento de derecho Sexto.

⁷⁰ Así lo establecen los artículos 16.7 y 16.9 del Código Civil francés.

admitida en el extranjero se producirían inconvenientes para el núcleo familiar y el perjuicio para el interés del menor⁷¹.

El Tribunal de Casación francés consideró que la gestación por sustitución impide absolutamente el establecimiento del vínculo de la filiación de los comitentes ya sea mediante:

- La inscripción de las actas de nacimiento expedidas en el extranjero.

- La inscripción del acta de notoriedad de la relación de filiación fundada en que los solicitantes han criado y educado al niño desde su nacimiento, es decir, la posesión de estado civil.

- La constatación de la filiación biológica paterna⁷².

- La adopción.

Ante esta situación, el Tribunal de Estrasburgo declaró que las autoridades francesas habían vulnerado el art. 8 del CEDH, sobre el derecho a la vida privada y familiar de los menores, porque se negaban a reconocer la relación de filiación válidamente determinada conforme al derecho norteamericano entre los matrimonios y las menores nacidas por subrogación, impidiendo fijar la identidad de las niñas en Francia⁷³.

Y además, determinó que esta injerencia estaba justificada porque afectaba a dos fines legítimos enunciados en el artículo 8⁷⁴, en la medida en que se pretendía proteger a los niños y a las gestantes.

Ante este pronunciamiento, los demandantes españoles pretendieron, mediante el incidente de nulidad ante el Tribunal Supremo, la aplicación de las mismas conclusiones que las sentencias del TEDH.

Sin embargo, la decisión tomada sobre los casos franceses no trataba sobre la negativa a transcribir al Registro francés las actas de nacimiento en el extranjero por gestación por sustitución, sino que consistía en reconocer a las niñas un estatus definido, esto es, una identidad cierta en Francia, puesto que es el país en el que normalmente van a vivir.

2.6.2. Similitudes y diferencias entre los casos franceses y el caso español⁷⁵

Respecto a las similitudes, ambas sentencias deniegan la transcripción al Registro Civil de las actas extranjeras de nacimiento que establecen la filiación de los niños respecto de los padres comitentes en supuestos de contratos de gestación por sustitución.

⁷¹ Sobre el concepto del interés superior entendido por el TEDH destaca el artículo de DURÁN AYAGO, A., “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Mennesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11) de 26 de junio de 2014: Interés superior del menor y gestación por sustitución”, *AIS: Ars Iuris Salamanticensis*, 2014, p. 280-282, consultado el 28 de noviembre de 2017. Disponible en: <http://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/12785>

⁷² No se admitió esta vía a pesar de que se había solicitado de forma alternativa y se había acreditado en el proceso que uno de los esposos era el padre biológico de las menores.

⁷³ Destaca la opinión de VELA SÁNCHEZ, A. J., “Erre que erre: el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”, *Diario La Ley*, n.º 8600, de 8 de septiembre de 2015. Consultado el 28 de noviembre de 2017.

⁷⁴ “*La protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los demás*”.

⁷⁵ ATS de 2 de febrero de 2015, p. 9-11. Fundamento de derecho Sexto, apartado 10.

Respecto a las diferencias, el Auto toma en consideración las siguientes:

En primer lugar, el Tribunal de Casación francés afirma la imposibilidad de que se determine legalmente en Francia cualquier relación de filiación entre el niño y los padres comitentes. Mientras que el ordenamiento jurídico español prevé la posibilidad de determinar la filiación paterna, sobre todo si los comitentes y los niños forman un núcleo familiar de facto, mediante la adopción o el acogimiento.

En segundo lugar, las niñas no pueden adquirir la nacionalidad francesa ni heredar a los comitentes en calidad de hijas. Mientras que la sentencia española anula la mención a la filiación de los menores si se determinaba la filiación biológica paterna y si era acorde con la situación familiar de facto, por lo que una vez determinada dicha filiación, los niños tendrían la nacionalidad española y podrían heredar como hijos.

En tercer lugar, el Tribunal de Casación francés afirma que, ante la existencia de fraude, no puede invocarse el interés superior de menor ni el derecho a la vida privada del mismo. Mientras que el Tribunal Supremo tiene en cuenta el interés superior del menor, tal como es protegido por el ordenamiento jurídico español, y evita la desprotección de los menores dejando en manos del Ministerio Fiscal las acciones pertinentes para determinar la correcta filiación y la integración de los menores en un núcleo familiar de facto.

En cuarto lugar, en Francia se pidió la determinación de la filiación paterna biológica respecto del marido, porque eran los padres biológicos de las niñas, y el TEDH dijo que se afirmaba el matrimonio de los demandantes y las niñas fruto de la gestación por sustitución. Mientras que el caso español es distinto, porque consistía en la impugnación por parte del Ministerio Fiscal de la inscripción en el Registro Civil con base en las actas de nacimiento de California, donde los demandados no introdujeron las circunstancias concretas de los menores y de sus relaciones familiares.

2.6.3. Conclusión⁷⁶

Por estos motivos, el Tribunal de Estrasburgo concluye que la solución de las autoridades francesas, impidiendo el establecimiento de cualquier vínculo de filiación con los menores nacidos mediante gestación por sustitución y, por ende, el reconocimiento de su identidad en el seno de la sociedad francesa, es absolutamente desproporcionada, porque va más allá de lo necesario para proteger el derecho que cada estado tiene a regular esta técnica de reproducción asistida⁷⁷.

Esta es la principal diferencia entre el sistema jurídico francés, condenado por el TEDH, y el ordenamiento jurídico español, que se manifiesta en el distinto grado de compatibilidad de cada uno de estos sistemas con el artículo 8 del CEDH.

En el marco jurídico español, a diferencia de lo que ocurre en Francia, se reconoce la filiación respecto del padre biológico, y en todo caso, si los padres comitentes y los menores nacidos mediante gestación por sustitución integran una unidad familiar de facto, se permite su adopción.

⁷⁶ VAQUERO LÓPEZ, C., “La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, 2015, p. 107-116.

⁷⁷ El mismo criterio de proporcionalidad es utilizado por el TEDH en su sentencia de 27 de enero de 2015, asunto nº 25358/12, Paradiso y Campanelli c. Italia, en el que el Tribunal de Estrasburgo se enfrenta de nuevo a los problemas derivados de la denegación de acceso al Registro Civil de un menor nacido mediante gestación por sustitución en Rusia.

Por tanto, en el caso español no existe una situación de incertidumbre equiparable a la de los menores franceses, que se encuentran absolutamente imposibilitados para ver reconocida su filiación por el derecho francés, con las consecuencias que trae respecto de la adquisición de la nacionalidad francesa y sus derechos sucesorios.

En otras palabras, en la medida en que los inconvenientes que surgen en el proceso de determinación de la filiación biológica paterna o de la adopción de los menores gestados por sustitución en el extranjero son “*transitorios, superables y no alcanzan un nivel de gravedad tal que puedan considerarse constitutivos de un desequilibrio entre los intereses de la comunidad, fijados en su legislación sobre filiación y reproducción humana asistida, y el interés de los menores*”⁷⁸, la respuesta del ordenamiento jurídico español, cuestionada ante el Tribunal Supremo, es compatible con el art. 8 CEDH. De hecho, rige el criterio de protección de la unidad familiar de facto por parte del Ministerio Fiscal durante el periodo transitorio en el caso de que surjan problemas.

Así concluye el TS su Auto de 2015, sin dejar de reconocer la legitimidad de defender una filiación que derive de un contrato de gestación por sustitución, pero recordando que es el legislador, y no los jueces, el encargado de modificar la Ley.

En consecuencia, el Tribunal Supremo declaró que no había nulidad de actuaciones y confirmó la sentencia denegando la inscripción de la filiación en el Registro Civil español de los menores nacidos mediante gestación por sustitución.

Por último, es interesante mencionar el comentario que realiza Pedro de Miguel Asensio⁷⁹ sobre la sentencia del Tribunal Supremo alemán (Bundesgerichtshof o BGH) de 10 de diciembre de 2014.

En este caso, el BGH consideró que el reconocimiento en Alemania de una resolución judicial de California relativa al establecimiento de filiación por gestación por sustitución no era contrario al orden público español, llevando a cabo una interpretación restrictiva del orden público que fuera respetuosa con el interés superior del menor⁸⁰ y la conveniencia de evitar situaciones jurídicas claudicantes.

Sin embargo, esta conclusión se vinculaba con las circunstancias particulares del caso concreto, porque cabía la posibilidad de alcanzar un resultado distinto en situaciones diferentes, donde ninguno de los comitentes fuera el padre biológico del niño o en el que la madre gestante fuera la madre genética.

En este sentido, cabría sostener que la eficacia en España de una resolución judicial como la reconocida por el BGH podría también ser compatible con la sentencia y el Auto del Tribunal Supremo.

2.6.4. Voto particular

⁷⁸ ATS de 2 de febrero de 2015, p. 12. Fundamento de derecho Sexto, apartado 13.

⁷⁹ DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “El nuevo Auto del Tribunal Supremo sobre gestación por sustitución y la evolución de la jurisprudencia europea”, publicado en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/03/el-nuevo-auto-del-tribunal-supremo.html>, consultado el 26 de noviembre de 2017.

⁸⁰ También menciona la sentencia del Tribunal Federal de Justicia, donde se reconoce en Alemania la filiación jurídica establecida en EE.UU sobre la base del interés superior del menor, LAMM, E., “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, *Ars Iuris Salamanticencis*, 2016, p. 87-88, consultado el 28 de noviembre de 2017.

Como así indica Susana Polo García⁸¹, el Auto cuenta con un voto particular suscrito por cuatro de los Magistrados que integran la Sala Primera del Tribunal Supremo, los cuales discrepan en lo que se refiere a la trascendencia que en el caso han tenido las sentencias dictadas por el TEDH de los casos Labassee y Mennesson contra Francia, de 26 de junio de 2014, y en el caso Paradiso y Campanelli contra Italia, de 27 de enero de 2015.

Respecto a la sentencia italiana, Pedro de Miguel Asensio⁸² dice que las autoridades italianas siguen una actuación alejada del supuesto del que deriva el Auto del Tribunal Supremo y la sentencia confirmada. Se trata de la violación del derecho a la vida privada y familiar en una situación derivada de una gestación por subrogación en el extranjero porque no se reconocía en Italia.

En esta sentencia, el TEDH pone de relieve que la excepción del orden público vinculada a la prohibición de la gestación por subrogación no prevalece sobre el interés superior del niño, puesto que la violación por parte de Italia deriva de la aplicación de manera injustificada de una medida extrema como la separación del menor de los comitentes de la gestación por subrogación.

A raíz de estos hechos, los Magistrados señalan que las sentencias tienen más puntos en común, y tienen en cuenta que, a diferencia del sistema jurídico francés que impide el vínculo de filiación de forma absoluta, el ordenamiento jurídico español establece varias vías⁸³ por las que se permite al progenitor biológico reclamar la filiación y la adopción por parte del cónyuge de éste.

El voto afirma que, pese a las diferencias existentes entre las sentencias citadas del TEDH y la dictada por el Tribunal Supremo, todas dan solución a un mismo problema inicial sobre los hijos nacidos de una gestación por sustitución y la prohibición de inscribir su nacimiento en el Registro Civil.

No obstante, los Magistrados entienden que no se ha realizado una adecuada ponderación de los bienes jurídicos en conflicto al no tener en cuenta, junto al interés superior del menor, la incertidumbre jurídica que genera la solicitud de inscripción y el retraso de determinar una filiación que ya podría haberse fijado en otro ordenamiento, sin el inconveniente de que en nuestro ordenamiento se puede admitir a través de las circulares o las instrucciones de la DGRN. En definitiva, se refieren a la necesidad de una reforma legislativa sobre esta materia.

2.7. ¿LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA? ANÁLISIS DE LA INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, SOBRE RÉGIMEN REGISTRAL DE LA FILIACIÓN DE LOS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Como consecuencia de los numerosos recursos interpuestos por ciudadanos españoles contra las resoluciones de los Encargados de los Registros Civiles consulares que deniegan las inscripciones de menores nacidos en el extranjero a través del uso de

⁸¹ POLO GARCÍA, S., “¿Gestación subrogada o vientre de alquiler?”, *Revista de Jurisprudencia*, 2017, consultado el 26 de noviembre de 2017.

⁸² DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “El nuevo Auto del Tribunal Supremo...”, op., cit., consultado el 26 de noviembre de 2017.

⁸³ Así lo establecen el art. 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida y los arts. 176.2 y 177.2 del Código Civil.

técnicas de gestación por sustitución, la Dirección General de los Registros y del Notariado dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010 al amparo de las atribuciones que le confiere el art. 9 LRC y 41 RRC.

Con ello pretendió dar mayor seguridad y unificar la práctica registral además de dar una solución jurídica a esta problemática con la *“finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución”*, destacando la protección de las mujeres que se prestan a esta técnica y que renuncian a sus derechos como madres.

Esta protección constituye el objeto esencial de la Instrucción, lo cual, contemplado desde una perspectiva global, comporta tres criterios que determinan las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante la gestación por sustitución:

- En primer lugar, hay que tener los instrumentos necesarios que permitan el acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento de su nacimiento a efectos registrales.

- En segundo lugar, la inscripción registral no puede encubrir supuestos de tráfico internacional de menores.

- Y, por último, no se puede vulnerar el derecho del menor a conocer su origen biológico conforme a lo dispuesto en el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999.

A este efecto, la Instrucción fija una serie de directrices que deben seguir los Encargados del Registro Civil en relación con las solicitudes de inscripción de nacimientos realizadas por ciudadanos españoles de menores nacidos en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución en países donde dicho proceso se admite.

Para controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde éste se ha formalizado así como garantizar la protección del interés del menor y de la madre gestante, se establece como requisito previo a la inscripción, la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución dictada por el Tribunal competente en el país de origen en la que se contenga la determinación de la filiación, lo que tiene su fundamento en el art. 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana.

Esto permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la gestante; la eficacia legal del consentimiento prestado (que sea libre, consciente, expreso y por escrito); comprobar que la gestante no haya sido sometida a violencia, engaño o coacción; y verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores.

En relación con el reconocimiento de dicha resolución, se aplica la doctrina consolidada del Tribunal Supremo conforme a la cual son de aplicación los art. 954 y siguientes de la LEC 1881. En virtud de ello hay que considerar dos situaciones⁸⁴:

⁸⁴ Hay que tener en cuenta que hoy en día está derogado por el nº 1 de la disposición derogatoria única de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

• Salvo que resulte aplicable un Convenio internacional, si el Encargado del Registro Civil estima que la resolución extranjera fue dictada en un procedimiento jurisdiccional contencioso, será necesario instar el exequátur de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia (art. 955 LEC). Por tanto, para proceder a la inscripción de nacimiento, el Encargado del Registro Civil deberá comprobar que junto a la inscripción de solicitud se ha presentado el auto judicial que pone fin al procedimiento de exequátur.

• Si el Encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, no es necesario instar el exequátur. En este supuesto, como requisito previo a la inscripción, el Encargado del Registro Civil tiene que controlar incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España. En este control deberá constar:

a. *“La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.*

b. *Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.*

c. *Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.*

d. *Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.*

e. *Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado”.*

Por tanto, en el caso de que se solicite la inscripción del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución y no se presente una resolución que determine la filiación, ya sea reconocida incidentalmente o por exequátur, el Encargado del Registro Civil denegará la solicitud.

No obstante, el hecho de que se deniegue la inscripción al no presentarse una resolución que determine la filiación, no impide que el solicitante intente dicha inscripción por los medios regulados en el art. 10.3 de la Ley 14/2006.

Ello supone, como bien señala la segunda directriz, que no se admita como título apto para la inscripción del nacimiento, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que conste la identidad de la gestante. De esta forma, contradice a la Resolución de 18 de febrero de 2009 en el sentido de que excluye como documento válido la certificación registral extranjera.

Por otra parte, aunque la Instrucción permite la inscripción de menores nacidos en el extranjero a través del uso de técnicas de gestación por sustitución cuando se cumplan todos los requisitos previamente señalados, lo cierto es que la Instrucción parte del reconocimiento expreso del art. 10 LTRHA, el cual establece que *“[s]erá nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”*. Además, reconoce la posibilidad de atribuir la paternidad del nacido por medio de estas

técnicas a partir de las acciones generales de determinación legal de la filiación (art. 764 y ss. LEC).

Este reconocimiento expreso puede resultar desconcertante respecto al resto del contenido de la Instrucción, la cual no está exenta de polémica ya que numerosos autores se han mostrado críticos al considerar que tiene importantes carencias jurídicas.

Hay autores como Ferrer Vanrell que consideran que la Instrucción vulnera lo dispuesto en el art. 10 LTRHA señalando que cualquier acto que busque posibilitar el fin prohibido en dicho precepto no debería tener acceso al Registro Civil. La autora recuerda que el art. 10 es una norma imperativa de rango superior, por lo que habría una posible inconstitucionalidad al no respetar el principio de jerarquía normativa establecido en el art. 9.3 CE⁸⁵.

Además, Ferrer Vanrell señala que se puede ver vulnerado el principio de igualdad ante la ley del art. 14 CE partiendo de que se permiten dos efectos distintos derivados de los contratos de gestación. Estos dos efectos dependen del lugar de realización del contrato⁸⁶:

- Si el contrato de gestación tiene lugar dentro del territorio nacional, el contrato es nulo de pleno derecho conforme al art. 10.1 LTRHA, y la filiación de los menores viene determinada por el parto de acuerdo al art. 10.2 LTRHA. De esta forma, no se puede acceder al Registro Civil para inscribir la filiación respecto de los comitentes quedando la vía de la reclamación de la paternidad del art. 10.3 LTRHA.

- En cambio, si el contrato de gestación tiene lugar en un país donde se admita este negocio jurídico, no se aplica la regla anterior, sino que se aplica la Instrucción. Por ende, si se cumplen los requisitos previstos en la misma, se autorizan los efectos del contrato de gestación (no el contrato) y, por tanto, la inscripción de la filiación a favor de los comitentes en el Registro Civil.

Si tenemos en cuenta que la posibilidad de celebración de un contrato de gestación fuera del territorio nacional y la realización de todos los trámites para conseguir su inscripción en el Registro Civil depende en gran medida del patrimonio económico del que disponga una persona, se puede contradecir el art. 14 CE.

En esta misma línea, Jiménez Martínez determina que se vulnera el art. 9.3 CE y señala que existe fraude de ley al permitir inscribir en el Registro Civil un hecho prohibido por el ordenamiento jurídico español. También considera que se está introduciendo en el Derecho español una posibilidad que está prohibida por Ley y no sólo reconociendo sus efectos⁸⁷.

Siguiendo este planteamiento, Salvador Gutiérrez⁸⁸, Magistrada Encargada del Registro Civil de Madrid, considera que la DGRN ignora completamente la prohibición

⁸⁵ FERRER VANRELL, M.P. (2013). *“La discutible constitucionalidad de la instrucción de la DGRN 5-10-2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos por gestación de sustitución”*, esp. p.60. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5594816>. Consultado el 25 de noviembre de 2017.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ JIMENEZ MARTINEZ, M.V. "La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales", Anuario de la Facultad de Derecho , Nº. 5, 2012, págs. 365-381.

⁸⁸ SALVADOR GUTIÉRREZ, S. (2012). "Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución". Recuperado de:

legal de la gestación por sustitución. Partiendo de este planteamiento, la Magistrada razona que la DGRN en virtud de sus competencias de ordenación y dirección inaplica el art. 10 LTRHA, que es una ley española, “y regula cuestiones de carácter sustantivo con grave quiebra del principio de legalidad en el que se asienta el Registro Civil”.

Además, señala que la Instrucción omite el requisito exigido por la Ley española y por el TS del control de la legalidad de las resoluciones judiciales extranjeras en procedimientos análogos al de jurisdicción voluntaria, el cual debe ser encomendado por la ley a la autoridad competente y siempre conlleva la conformidad del hecho inscribible con la ley española. En este caso, el control de legalidad consistiría en “examinar si la determinación de la filiación por gestación por resolución extranjera en trámite de jurisdicción voluntaria o procedimiento análogo, es conforme a la legalidad española”, cosa que la autora considera que no lo es.

Por último, cabe destacar el análisis realizado por Calvo Caravaca y Carrascosa González⁸⁹, los cuales han llegado a considerar que la Instrucción deja en una situación de abandono a los menores implicados e introduce nuevas exigencias contrarias a la Ley. A continuación, veremos las críticas que realizan.

En primer lugar, la DGRN justifica la exigencia de la previa resolución judicial extranjera en la que conste la filiación del nacido mediante gestación por sustitución en el art. 10.3 LTRHA, pero estos autores defienden que el art. 10 LTRHA no es aplicable cuando la filiación ya ha sido determinada por las autoridades extranjeras competentes en una decisión pública. Este precepto sólo se aplica en los casos en los que la filiación de los nacidos por gestación por sustitución no ha sido determinada. Por tanto, en el supuesto en el que estamos no se trata de establecer una filiación sino de ver si dicha filiación ya establecida puede ser introducida en el orden jurídico español.

En segundo lugar, subrayan que la exigencia de una resolución judicial en la que conste la filiación del nacido por gestación por sustitución es contraria a la Ley por diversos motivos: la LTRHA no es aplicable; una Instrucción no puede vulnerar lo dispuesto en un Reglamento por el principio de jerarquía normativa y, en este caso, la Instrucción exige condiciones no requeridas por el art. 81 y 85 RRC; al judicializarse el Registro Civil se perjudica gravemente el cumplimiento de su función primordial; puede resultar discriminatoria por razón de filiación; se obliga a acudir a un tribunal extranjero aun cuando no existe litigio alguno; y, esta exigencia, no se puede cumplir cuando el Estado extranjero en el que se ha formalizado el contrato de gestación por sustitución no contempla procedimientos judiciales para acreditar la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución.

En tercer lugar, consideran que la DGRN confunde el “reconocimiento” con el “exequátur” cuando exigen un exequátur de la resolución judicial extranjera. El exequátur sólo se requiere cuando la resolución extranjera contiene un pronunciamiento de ejecución, por lo que en los supuestos de acciones declarativas como la de filiación es innecesario. En estas acciones lo que se pretende es que la resolución extranjera despliegue su efecto constitutivo, por lo que es preciso un reconocimiento.

http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Reconocimiento-determinacion-extranjero-gestacion-sustitucion_11_455680009.html. Consultado el 25 de noviembre de 2017.

⁸⁹ CALVO CARAVACA, A.L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* Vol. 3, Nº1, marzo 2011, p. 247-262.

En cuarto lugar, la DGRN olvida el orden público internacional como motivo de rechazo del reconocimiento incidental en España de la resolución extranjera que establece la filiación en casos de gestación por sustitución.

En quinto lugar, para el reconocimiento incidental de la resolución extranjera se exige que *“el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación español”*. Conforme a ello, parece que se pretende aplicar el llamado “sistema bilateralista”⁹⁰, pero evidentemente, cada Estado tiene sus foros de competencia sin obligación de que sean los mismos que los previstos en el ordenamiento jurídico español porque esto atentaría contra la soberanía de cada Estado. Por tanto, no se puede imponer al resto de Estados los mismos criterios de competencia judicial internacional que rigen en España ya que sería inútil en cuanto que cuando surge un litigio ante cualquier tribunal extranjero, éste va a aplicar sus normas de competencia judicial internacional y no las españolas.

En sexto lugar, establecen que *“el art. 10 Ley 14/2006 rompe la continuidad transfronteriza de la filiación declarada en el extranjero si en dicho país la madre del menor no es la mujer que ha dado a luz”*. Esto es así en cuanto que el menor nacido a través de la gestación por sustitución tendrá diferentes padres dependiendo del país en el que se encuentre. Por un lado, en el país de su nacimiento sus padres legales serán aquellos determinados en la sentencia extranjera o en el Registro Civil extranjero, mientras que los padres legales en España serán aquellos fijados a través del art. 10.3 LTRHA. Por tanto, esto vulnera el derecho del menor a una identidad única.

Por último, el art. 17.1.a CC determina que *“son españoles de origen los nacidos de padre o madre españoles”*, no los hijos de españoles. Este precepto no contempla la exigencia de una sentencia judicial que acredite la filiación del nacido siendo suficiente con la “acreditación del hecho físico de la generación”. De esta forma, si existen “indicios racionales de la generación del menor por parte de un ciudadano español”, el menor nacido en el extranjero por gestación por sustitución debe ser considerado ciudadano español, lo que conlleva su inscripción en el Registro Civil español como sujeto de nacionalidad española.

A pesar de estas críticas, la Instrucción contiene aspectos positivos destacando la protección de los derechos de la gestante, los cuales suelen quedar en un segundo plano.

Otro punto a destacar es la delimitación concreta de las condiciones por las que se permite el acceso de la inscripción al Registro Civil dando una mayor seguridad jurídica a estos procesos.

Tras todo este análisis, es necesario realizar una reflexión sobre el mismo. La Instrucción fue un avance sobre una materia compleja pudiendo entenderse que sirve para sentar las bases sobre una futura regulación en España, pero, sin embargo, si partimos de que la Instrucción contiene errores jurídicos, no sería adecuado desarrollar una normativa en base a ella.

Esto me lleva a considerar que esta Instrucción no es más que un intento de reconocer unas consecuencias jurídicas a una práctica que cada vez está más extendida pero que nuestro ordenamiento jurídico prohíbe de forma expresa.

2.8. NOVEDADES QUE APORTA LA LEY 20/2011, DEL REGISTRO CIVIL

⁹⁰ La idea del “sistema bilateralista” radica en que el juez extranjero emplee para declararse competente los foros de competencia judicial internacional establecidos en el ordenamiento jurídico español.

Como se establece en el Preámbulo de la propia la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, una de las mayores novedades se centra en la inscripción de documentos judiciales extranjeros. Según el artículo 96 de esta ley, la inscripción en el Registro Civil español procederá cuando las resoluciones extranjeras hayan adquirido **firmeza**. Si se trata de resoluciones de jurisdicción voluntaria, tendrán que ser **definitivas**.

Existen dos vías para proceder a la inscripción:

• **Si existe una previa resolución judicial extranjera, firme o definitiva**, se aplica el artículo 98.2 en relación con el artículo 96. En este precepto se contienen los procedimientos a través de los cuales se reconoce la resolución judicial, pudiendo diferenciar si la resolución judicial fue dictada en el marco de un procedimiento de naturaleza contenciosa o tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria.

En el primer supuesto, la inscripción de las resoluciones judiciales se puede instar previa superación del trámite de exequátur contemplado en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (arts. 52 y siguientes).; y en el segundo supuesto, ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique las siguientes cuestiones:

- a) *La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados.*
- b) *Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.*
- c) *Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento.*
- d) *Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español”.*

Cabe señalar que contra esta resolución que dicta el Encargado del Registro Civil, “los interesados y afectados podrán solicitar exequátur de la resolución judicial o bien interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los términos previstos en la Ley 20/2011”.

• **Si no existe una previa resolución judicial extranjera**, se aplica el art. 98. Conforme a este precepto, la certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros es título para la inscripción siempre que se verifiquen una serie de requisitos:

- a) *“Que la certificación haya sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.*
- b) *Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española.*
- c) *Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.*
- d) *Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español”.*

Por tanto, como novedad de la Ley 20/2011 encontramos que se admite como título apto para la inscripción de la filiación una certificación registral extranjera tal y como reconoce de forma expresa el art. 27: “También es título suficiente para practicar la

inscripción el documento extranjero que cumpla los requisitos establecidos en los artículos 96 y 97 de la presente Ley”.

Por otro lado, es destacable la mención en el art. 96.2.d y art. 98.1.d al orden público internacional español. En este sentido, el Encargado del Registro Civil debe verificar “[q]ue la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español”. Esto puede ser entendido como un “doble control”, que en ningún caso resulta examinar el derecho aplicado a la certificación registral extranjera. Además, hay que tener en cuenta el interés superior del menor, el cual prevalece sobre el orden público y puede llegar a desplazar las leyes de policía españolas como el art. 10 LTRHA.

2.9. CONCLUSIONES

A la vista del caso expuesto, es evidente que los tribunales cometieron un error de técnica jurídica al buscar un atajo mediante el orden público internacional español a una conducta que está prohibida de forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico (art. 10 LTRHA).

En este sentido, intentando dar una respuesta jurídica a la problemática que presenta la inscripción de la filiación de los nacidos a través de la técnica de gestación por sustitución, la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, da las pautas a través de las cuales se puede realizar dicha inscripción. No obstante, la regulación que presenta es escueta y no acaba de aportar una solución precisa porque siguen existiendo ciertas vulneraciones de principios constitucionales como el derecho a la igualdad (art. 14 CE).

Este principio se ve especialmente vulnerado en cuanto a un mismo contrato se le reconocen efectos jurídicos diferentes dependiendo del lugar de celebración de éste. Si el contrato se celebra en España, nunca se podrá inscribir la filiación a favor de los comitentes porque el contrato de gestación por sustitución es directamente nulo (art. 10 LTRHA). En cambio, si dispones del poder adquisitivo suficiente para acudir a un país en el que el contrato de gestación por sustitución está permitido, puedes inscribir la filiación a favor de los comitentes a través de los art. 96 y 98 LRC.

De ahí consideramos que surge la necesidad de elaborar una normativa exhaustiva que regule toda la materia de gestación por sustitución. Respecto a dicha regulación, hay distintas posturas entre las que destacamos de forma positiva la Resolución del 5 de julio de 2016 sobre “*La lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión*”, ya que a través de ella se solicitó a los Estados miembros la revisión de sus políticas restrictivas sobre la gestación por sustitución para evitar la mercantilización de la mujer.

3. TEDH Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

3.1. INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución es una técnica muy utilizada actualmente por personas de todo el mundo. Ello ha dado lugar a múltiples interacciones entre nacionales de varios Estados. Normalmente interacciones que se llevan a cabo a través contratos firmados entre una gestante nacional de un Estado donde está regulada y permitida esta técnica, y el/los contratantes (comitentes) nacionales de un Estado en el que dicha técnica no está permitida.

Pero lejos de toda duda, lo que no tenemos que perder de vista es el principio primordial que inspira los pronunciamientos a analizar: el interés superior del menor. El

instrumento que proporciona los mecanismos de protección necesario a los menores es el Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño⁹¹, de 20 de noviembre de 1989, en vigor en España desde el 5 de enero de 1991, y en concreto hay que tener en cuenta los artículos 3 y 7⁹².

Hay que tener en cuenta que hay ciertos Estados (Inglaterra, Escocia, State of California) en los que estos contratos con perfectamente válidos y el niño nacido de esta técnica se considera hijo de las personas que contratan a la gestante. Hay otros Estados que carecen de toda legislación al respecto; y, por último, existe un tercer grupo de Estados (entre los que se encuentra España) que estiman que estos contratos son nulos de pleno derecho (art. 10.1 Ley 14/2006 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida) y se considera que la madre será la mujer que da a luz al hijo, no la que contrata a esta última, pues “la filiación de los hijos nacidos por gestación subrogada será determinada por el parto” (art. 10.2 Ley 14/2006)⁹³.

Todo ello ha dado lugar a numerosos pleitos judiciales en la práctica, que han acabado llegando al TEDH. La disparidad de regulaciones, el orden público internacional, el poder discrecional de los estados para decidir sobre la inscripción, así como la vulnerabilidad de los menores habidos a través de la maternidad subrogada han dado lugar a diversos pronunciamientos por parte del Tribunal desde que en 2014 se presentarán los primeros recursos en las sentencias *Menesson c. France* y *Labasse c. France*. Ambos muy parecidos y con pronunciamientos idénticos por parte del Tribunal.

3.2. LAS SSTEDH DE 26 DE JUNIO DE 2014, ASUNTOS MENNESSON C. FRANCIA Y LABASSEE C. FRANCIA

Antes de entrar a analizar estas sentencias del TEDH, tenemos que tener en cuenta varios aspectos. En primer lugar, recordar que el art. 10.2 de la CE establece que las normas constitucionales-internas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas se interpretarán de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales suscritos por España en relación a estas materias, destacando de entre todos ellos el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales (CEPDH)⁹⁴.

Pues bien, los actuales artículos 32 y 46 de dicho Convenio atribuyen al TEDH competencia para interpretar con carácter vinculante los preceptos de este. De ahí, que se analicen aquí estas sentencias dictadas por el TEDH, ya que la interpretación del tribunal que de ellas se desprende es muy relevante respecto a los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y su interpretación por los tribunales.

⁹¹ PÉREZ MONGE, M, *La Filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Fundación Beneficentia et Perita Iuris, Madrid, 2002, p. 199.

⁹² Artículo 3. 1. *En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*

Artículo 7. 1. *El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.*

⁹³ CALVO CARAVACA, A.L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. Y CASTELLANOS RUIZ, E, *Derecho de Familia Internacional*, Colex, Madrid, 2008, p. 251.

⁹⁴ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P, *La maternidad. Nuevas realidades en el derecho de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 66.

Empecemos por analizar de forma sucinta y conjunta los hechos de ambas sentencias, muy similares entre sí. En ambos casos, como ya se ha dicho anteriormente, los demandantes son dos matrimonios franceses que contratan en Estados Unidos (uno en California y otro en Minnesota) la gestación por sustitución con implantación de embriones en el útero de una mujer gestante. Fruto de esta gestación nacieron dos niñas gemelas y una niña respectivamente⁹⁵. En los dos estados norteamericanos se dictan dos sentencias disponiendo que los padres subrogantes son los padres de las niñas nacidas de cada una de las gestaciones por sustitución. Resolución que da lugar a la inscripción de las actas de nacimiento en los Registros Civiles de California y Minnesota, estableciéndose así la filiación de cada una de las parejas con las respectivas niñas.

Sin embargo, una vez en Francia, las autoridades judiciales francesas se niegan a inscribir en el Registro Civil francés dichas actas de nacimiento. Esgrimen como argumento para negar la inscripción que ese contrato de gestación y, por tanto, también la inscripción de las propias actas son contrarios al orden público francés, que establece la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil de las personas.

Además, en uno de los casos las autoridades judiciales francesas también se negaron a inscribir un acta de notoriedad de la relación de filiación por considerarla igualmente viciada de nulidad, consecuencia esta a su vez, de la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación. Ese acta fue otorgada porque quedó constatado que los comitentes (los padres intencionales) habían cuidado a la niña desde su nacimiento. Pero, los tribunales franceses consideraban que esa posesión de estado que alegaban los demandantes y el acta de notoriedad en sí estaban viciadas por defecto en su origen, pues como hemos dicho la nulidad del contrato de gestación conlleva la nulidad de todos los actos que nacen del mismo. En definitiva, entendían que ese defecto de origen se producía porque estaban ante un contrato fraudulento viciado de nulidad de orden público.

Así las cosas, los tribunales franceses se niegan a inscribir las actas de nacimiento, denegando también de esta forma las solicitudes de inscripción de la filiación; así como se niegan a inscribir ese acta de notoriedad de la relación de la filiación presentada por uno de los matrimonios.

Tanto en uno como en otro caso, y después de la respuesta dada por los tribunales de primera instancia, ambos matrimonios deciden interponer recurso de casación ante el Tribunal de Casación francés⁹⁶, que se ratifica en la postura dada por el anterior tribunal, y deniega de nuevo las respectivas inscripciones de filiación.

La contestación del Tribunal de Casación francés a este respecto fue clara⁹⁷ y directa: *“la gestación por sustitución impide absolutamente el establecimiento del vínculo de filiación con los comitentes, sea mediante la inscripción de las actas de nacimiento expedidas en el extranjero, sea mediante la inscripción del acta de notoriedad de la relación de filiación fundada en que los solicitantes han criado y educado al niño desde su nacimiento, sea mediante la constatación de la filiación biológica paterna, sea mediante la adopción”*. Este tribunal al considerar de nuevo, como ya hiciera el anterior, que existe un fraude en este contrato entiende que no pueden ser de aplicación ninguno

⁹⁵ PANIZA FULLANA, A, *Realidad biológica versus realidad jurídica: el necesario replanteamiento de la filiación*, Aranzadi, Navarra, 2017, p. 93.

⁹⁶ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS. Op. cit., p. 67.

⁹⁷ PANIZA FULLANA. Op. cit., p. 94.

de los convenios en los que se fundamenta el recurso de casación presentado por los recurrentes.

Ante la respuesta dada por los tribunales internos franceses ambos matrimonios deciden acudir al TEDH e interponer un nuevo recurso. Los recurrentes esgrimen varios argumentos a favor de la validez del convenio gestacional que firmaron y de la inscripción de la filiación de las niñas⁹⁸:

a) En primer lugar, consideran que existe una vulneración del artículo 8⁹⁹ CEDH, relativo al derecho al respeto a la vida privada y familiar. Entienden que en detrimento del interés superior del menor, los demandantes no tenían la posibilidad de obtener en Francia el reconocimiento de la filiación legalmente establecida en un país extranjero que sí permitía dicha determinación jurídica;

b) En segundo lugar, se alegaba la infracción del artículo 14 CEDH¹⁰⁰, relativo a la prohibición de la discriminación jurídica. La vulneración de este artículo debe entenderse en relación con el ya citado artículo 8, pues los demandantes se quejaban de que debido a la imposibilidad de obtener en Francia el reconocimiento de su vínculo de filiación (legalmente establecido en país extranjero), los menores sufrían -en el ejercicio del ya citado derecho al respeto de su vida familiar integrado en el art. 8 CEDH-, una situación jurídica discriminatoria con relación a otros niños;

c) En tercer lugar, se alegaba también la infracción del artículo 12 CEDH, relativo al derecho esencial a contraer matrimonio. Los reclamantes se quejaban de una violación de su derecho a fundar una familia, derecho que forma parte del derecho primario al matrimonio, basándose en la injustificada negativa de las autoridades francesas a reconocer el efectivo lazo de filiación entre ellos y los menores¹⁰¹;

d) En cuarto y último lugar, alegaban la infracción del artículo 6 CEDH, relativo al derecho a un proceso equitativo. La justificación en la que basaron esta infracción descansaba en el carácter no ecuaníme del procedimiento por el cual las jurisdicciones francesas se negaron a reconocer los efectos del juicio, celebrado en California y Minnesota, en el que se les concedía legalmente la filiación de los menores, subrayando el carácter desproporcionado de esta negativa y el hecho de que no descansaba en ninguna justificación jurídica razonable, pues a los documentos auténticos (como sucede en España), no se les exigía la legalidad del acto conforme a la legislación interna¹⁰².

Con estas dos sentencias, el TEDH ha dado un paso adelante en favor de “reconocer” la validez del convenio de gestación subrogada. En principio, hay que señalar que en la Sentencia *Labasse c. France*, el tribunal parte de que la “negativa de las autoridades francesas a reconocer legalmente la relación familiar entre los solicitantes

⁹⁸ VELA SÁNCHEZ, A.J, *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas*, Reus, Madrid, 2017. p. 156 a 158.

⁹⁹ Que, titulado “Derecho al respeto a la vida privada y familiar”, dice que: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. El texto del Convenio se presenta tal y como ha sido modificado por las dispersiones del Protocolo núm. 14 (STCE núm. 194) a partir de su entrada en vigor el 1 de Junio de 2010.

¹⁰⁰ VELA SÁNCHEZ. Op. cit., p. 156.

¹⁰¹ VELA SÁNCHEZ. Op. cit., p. 157.

¹⁰² VELA SÁNCHEZ, Op. cit., p. 158.

(apartado 48) supone una interferencia con el ejercicio del derecho garantizado por el artículo 8 CEDH, no solo en su aspecto de “*vida familiar*”, sino también en su componente de “*vida privada*”¹⁰³ (apartado 49). No obstante, el Alto Tribunal entiende que se trata de una injerencia prevista por la ley a los efectos del artículo 8.2 CEDH (apartado 58). Ahora bien, continúa el tribunal diciendo “*el gobierno francés no ha demostrado que el hecho de que los franceses tengan que recurrir a la gestación subrogada en otro país donde es legal constituya una infracción del Derecho francés (...), de modo que los hechos referidos no constituyen un delito punible en territorio francés*” (apartado 61).

El tribunal concluye intuyendo la intención de las autoridades judiciales francesas al adoptar esta decisión: “*la negativa de Francia a reconocer una relación jurídica entre los hijos de los nacidos en el extranjero de una gestación subrogada y los padres de intención, procede de la voluntad de disuadir a sus nacionales de recurrir fuera del país a un método de procreación que prohíbe su territorio, con el fin, de proteger a los niños y a la madre portadora*”.

En definitiva, lo que hace el tribunal para resolver estos casos es aplicar a ambos supuestos el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), relativo al respeto a la vida privada y familiar. Razona el TEDH a este respecto y en relación a los niños que estos se encuentran en una situación de incertidumbre jurídica, pues ya han sido identificados en el extranjero por sentencia judicial como hijos de los recurrentes. Sin embargo, Francia les niega esta consideración en su ordenamiento jurídico porque la gestación subrogada impide el establecimiento de cualquier tipo de filiación con los comitentes¹⁰⁴. El tribunal de Casación francés así lo manifestó al volver a denegar la inscripción de los menores. Ello lleva a una inevitable contradicción que acaba perjudicando única y exclusivamente a las menores, pues pese a que en el extranjero han sido reconocidos como hijas de los padres subrogantes en el seno de la sociedad francesa no existe tal reconocimiento. A pesar de que sus padres biológicos son franceses, las niñas se ven arrastradas a una situación de incertidumbre en cuanto a la posibilidad de no ver reconocida su nacionalidad francesa. Y esa indeterminación e incertidumbre afecta de forma directa y negativa a la definición de su propia identidad.

De hecho, el Tribunal incide en otorgarle suma importancia a la filiación biológica como elemento determinante de la identidad de la persona. Y siguiendo con lo dicho, no cabe tampoco decir que sea acorde con el interés superior del menor el privarle de un vínculo jurídico como este cuando la realidad biológica de hecho ha sido ya establecida, y tanto hijo como padre reivindican el pleno reconocimiento que merece.

El Tribunal de Estrasburgo concluyó diciendo que en ambos casos se había ignorado el derecho de los niños al respeto a su vida privada, violando así el artículo 8 del Convenio.

Como dice Pilar Núñez-Cortés Contreras¹⁰⁵, los efectos del no reconocimiento inciden en lo propios niños, cuyo derecho al respecto a la vida privada, que implica que cada uno pueda definir su propia identidad, incluida su filiación, se encuentra significativamente afectado. Queda probado la falta de compatibilidad entre esta situación y el interés superior de los niños menores y nacidos a través de esta técnica.

¹⁰³ VELA SÁNCHEZ. Op. cit., p. 160.

¹⁰⁴ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., *LA MATERNIDAD. Nuevas realidades en el derecho de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2017, p. 67.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

Considera que no hay duda de que los padres han actuado como padres de los niños desde el nacimiento de estos, teniendo una vida familiar plena tal y como aparece definida en el propio precepto. Y añade, “*el derecho a la propia identidad forma parte integral de la noción de vida privada y que hay una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de una gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación*”.

Cree el Tribunal así mismo que el estado francés en ambos casos al obstaculizar tanto el reconocimiento como el establecimiento de su vínculo de filiación respecto de su padre biológico ha ido más allá de lo que le permitía su margen discrecional. Es por ello por lo que concluye que en ambos casos se ha ignorado el derecho de los niños al respecto a su vida privada, violando el artículo 8 del Convenio.

El Tribunal es en todo caso consciente de las inevitables y delicadas cuestiones éticas que plantea un tema como este¹⁰⁶. Esa problemática unida al poco consenso que existe en Europa para tratar la gestación subrogada hace de ello una labor complicada para los tribunales a quienes toca juzgarla. La falta de consenso viene porque los Estados en el ejercicio de su soberanía disponen (o deben disponer) de un amplio margen de apreciación con respecto a la regulación de la gestación subrogada, pero tal y como dice el TEDH ese margen de apreciación debe limitarse cuando se trata de la filiación, pues afecta a una parte esencial de la identidad de las personas. Y lo más importante, las decisiones que a este respecto se tomen por los estados en el ejercicio de su soberanía deben tener en cuenta de forma primordial el superior interés del menor.

En definitiva y debido a esa falta de consenso en Europa sobre la legalidad de la gestación por sustitución y sobre el reconocimiento legal del vínculo de filiación entre los padres de intención y los hijos así concebidos, el TEDH considera que le corresponde a él si en estos supuestos se ha alcanzado el adecuado equilibrio entre los intereses del Estado y las personas afectadas por esta situación¹⁰⁷. Y al hacer este examen de ponderación lo que se debe tener en cuenta es el principio fundamental de que cada vez que la situación de un menor esté en conflicto, el interés del mismo debe prevalecer¹⁰⁸.

Con lo que nos tenemos que quedar en definitiva es con que el principal argumento esgrimido por el tribunal para entender que, la negativa a inscribir a los niños nacidos por gestación subrogada lesiona el artículo 8 del CEDH es el siguiente: la negativa a inscribir la filiación de estas niñas (en los dos supuestos concretos) atenta al reconocimiento de su identidad en el seno de una sociedad democrática y de derecho como es la francesa¹⁰⁹, y al atentar contra su identidad se estaría sobrepasando ese margen discrecional que decíamos tienen los estados para regular la maternidad subrogada.

3.3. CASO FOULON Y BOUVET CONTRA FRANCIA¹¹⁰

¹⁰⁶ PANIZA FULLANA. Op. cit., p. 94.

¹⁰⁷ VELA SÁNCHEZ. Op. cit., p. 161.

¹⁰⁸ Apartado 81 de la Sentencia Labassee c. Francia de 26 de junio de 2014.

¹⁰⁹ FLORES RODRÍGUEZ, J, “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014”, *Diario La Ley*, 2014, p. 1-4. Como el autor explica, a “juicio de la Corte, sería de aplicación el art. 8 CEDH. Advierte el tribunal que los cónyuges Mennesson se ocupan de sus gemelos como *padres tras el nacimiento, viviendo los cuatro de un modo que en nada se distingue de la vida familiar en su acepción habitual*. En este contexto, el derecho a la identidad forma parte integral de la noción de vida privada existiendo una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos a partir de la gestación subrogada y la determinación jurídica de la filiación”.

¹¹⁰ STEDH de 21 de julio de 2016, caso Foulon c. Francia (9063/14) y Bouvet c. Francia (10410/14).

Estos dos casos los analizamos conjuntamente puesto que son similares y el TEDH ha dado idéntica respuesta en un mismo pronunciamiento para condenar a Francia, en sentencia dictada el 21 de julio de 2016.

Se trata en ambos supuestos de dos hombres de nacionalidad francesa, que recurren a la gestación por sustitución, acudiendo a India, donde esta práctica está permitida. De tales contratos nacieron en el primer caso una niña en 2009 y dos gemelos en el segundo caso en 2010.

En el momento de realizar la inscripción en el registro francés, las autoridades se negaron a registrar a esos niños como hijos de los padres de hecho. Al celebrar contratos de gestación por sustitución, la mujer gestante consiente que aparezcan como padres biológicos la pareja comitente, pero en Francia como ya hemos dicho en los casos anteriores, esta práctica no está permitida, de ahí la denegación de inscribir a esos niños.

Las autoridades francesas fundamentan tal negativa en el hecho de que supondría un fraude a la legislación, obstaculizando el orden público.

Los demandantes por su parte, una vez agotadas las instancias judiciales francesas, acuden al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por considerar vulnerado el art 8 del CEDH, es decir, violación al derecho de su vida privada y familiar. Además de alegar los efectos colaterales que ocasiona tal incertidumbre jurídica, como por ejemplo la obtención de la tarjeta de identidad, el pasaporte francés o el certificado de nacionalidad, se hace alusión a qué esa situación perjudica el interés superior del menor.

El TEDH fallo conjuntamente ambos casos en la sentencia de 21 de julio de 2016, al considerar, como dije anteriormente, que las circunstancias eran similares a las de los casos *Menesson* y *Labassee*. Reconoce por tanto que supone una vulneración al derecho fundamental consagrado en el art 8 CEDH, como es el derecho a la vida privada, pero no del derecho a la vida familiar.

Por tanto, condena a Francia a abonar a cada uno de los menores una indemnización de 5000 euros por el daño causado, además de 15000 euros a cada uno de los padres.

El TEDH no niega que los Estados sean libres de prohibir la gestación por sustitución, sino que lo que pretende el tribunal es conseguir una solución acorde, que no constituya una vulneración a los derechos de los menores.

3.4. LABOIRE CONTRA FRANCIA¹¹¹

En este asunto, el TEDH sigue la misma línea que en los casos anteriores. Condena al estado francés la violación del art 8 CEDH por no reconocer la inscripción en el Registro Civil, de dos niños nacidos en 2010 en Ucrania, a través de un contrato de gestación por sustitución efectuado por los padres de nacionalidad francesa.

De igual manera los recurrentes alegan haber violado el derecho a la vida privada y familiar y acuden al TEDH.

Al ser un supuesto similar a los anteriores, el tribunal aplica la misma línea jurisprudencial, por lo que declara que ha existido una violación del derecho al respeto a la vida privada, pero no del derecho al respeto de la vida familiar, como igualmente alega en el asunto *Foulon* y *Bouvet* contra Francia.

¹¹¹ STEDH 19 enero 2017, as. 44024/13, *Laboire* vs. Francia.

En definitiva, condena a Francia en los mismos términos que en la sentencia analizada anteriormente.¹¹²

En síntesis de los casos analizados anteriormente, podemos decir que, como indica el art 8.2 CEDH, las medidas establecidas por las que se rechaza el reconocimiento de una filiación derivada de gestación por sustitución han de ser necesarias y proporcionales en una sociedad democráticas. Se trata de alcanzar un justo equilibrio, de modo que la defensa de los intereses generales no elimine los derechos de los concretos particulares afectados.

Para ello es necesario tener en cuenta el interés superior del menor, que debe prevalecer sobre los intereses generales y las medidas legales restrictivas que un Estado parte puede acordar contra los sujetos que intervienen en las prácticas de gestación por sustitución no pueden suponer perjuicio para el menor. Pero hay que ver el caso concreto y los presupuestos que entran en juego, como ocurre en el asunto *Paradisso y Campanelli contra Italia*, que analizaremos a continuación.¹¹³

Hasta la resolución del asunto *Paradisso y Campanelli contra Italia*, el TEDH seguía la misma doctrina que estableció en el caso *Mennesson y Labassee contra Francia*, es decir, consideraba una violación del art 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar. Pero veremos que con el supuesto que abordaremos a continuación, la doctrina da un giro, teniendo en cuenta que concurren circunstancias “nuevas” y relevantes, es decir, existen connotaciones especiales que lo alejan de los casos anteriores.

3.5. PARADISO Y CAMPANELLI CONTRA ITALIA¹¹⁴

Este caso supone un cambio en la doctrina que venía aplicando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos que hemos analizando, porque presenta características especiales que lo diferencian del resto y que trataré con posterioridad.

En este supuesto, dos cónyuges italianos, la Sra Paradiso y el Sr Campanelli, por razones de infertilidad, acuden a Rusia y celebran contrato de gestación por sustitución a través de una empresa, ya que esta práctica se encuentra prohibida en su país.

Esta empresa rusa consigue una mujer gestante y en febrero de 2011 nace el niño concebido a través de técnicas de fecundación in vitro. El progenitor era el que aportaba voluntariamente el gameto masculino, mientras que el óvulo procedía del donante, como ocurría en los casos anteriores.

El niño, con consentimiento de la gestante, es inscrito en Rusia como hijo del matrimonio italiano, sin hacer referencia alguna al contrato de gestación por sustitución¹¹⁵, siendo expedido por las autoridades rusas el correspondiente certificado de nacimiento.

Para que el niño pudiera viajar a Italia, solicitaron al consulado italiano en Moscú la correspondiente documentación. Sin embargo, cuando procedieron a la inscripción del

¹¹² Remisión a la STEDH *Foulon y Bouvet contra Francia*, en cuanto a la cuantía de la condena, analizada anteriormente.

¹¹³ *Vid.* CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, p. 98.

¹¹⁴ Sentencia del TEDH de Sala 2ª, de 24 de enero de 2017, nº 25358/2012

¹¹⁵ MONTERONI, J. “Paradiso, Campanelli y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” *Prudentia Iuris*, Nº 80, 2015, p. 274.

menor, se deniega por las autoridades italianas, al considerar que el certificado de nacimiento contenía información falsa al no hacer alusión alguna al contrato de gestación por sustitución (prohibido en Italia), iniciando un procedimiento penal contra los cónyuges por alteración de la filiación, falsificación documental y contravención del procedimiento sobre adopción internacional.¹¹⁶

En agosto de 2011, por decisión de los tribunales italianos, se realizó un test de ADN al Sr Campanelli y al niño, cuyo resultado fue que no existía vínculo genético entre ambos, de forma que no era realmente el padre biológico del niño.¹¹⁷ Los demandantes alegan haber sido un error de la empresa, que podría haber utilizado el semen de otra persona.

Por consiguiente, no se conocía la identidad del niño, quedando en situación de desamparo conforme a la legislación italiana. La fiscalía del Tribunal de Menores de Campobasso solicita la apertura de un procedimiento de adopción.¹¹⁸

El 20 de octubre de 2011 se dictó una orden de retirada del menor respecto de los cónyuges italianos, poniéndolo bajo la guarda de los servicios sociales y siendo adoptado finalmente por una nueva familia en 2013, con un nuevo nombre.

El matrimonio Paradiso-Campanelli pretendía por todos los medios recuperar al niño, pero las autoridades italianas rechazaban cualquier intento. Por ello, los comitentes recurrieron basándose en una violación al art 8 CEDH y el caso llegó hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En un primer pronunciamiento de la Sec.2ª del TEDH el 27 de enero de 2015, consideró desproporcionada la actuación de las autoridades italianas, alegando la existencia de una violación al art 8 del CEDH, es decir, una violación del derecho al respeto a la vida privada y familiar.

En primer lugar, analizó si la solución de la retirada del menor respecto al matrimonio italiano estaba prevista en la ley o si, como bien establece el artículo 8 CEDH, constituye una medida necesaria en una sociedad democrática.

De este modo, el TEDH entendió que tal injerencia por parte de las autoridades italianas es extrema e inadecuada, en el sentido de que, prevaleciendo el interés superior del menor, no se dan las condiciones necesarias para justificar la remoción del niño de su familia de hecho, medida que sólo debería ser admitida en situaciones extremas¹¹⁹. Es importante tener en cuenta que el principio del interés superior del menor (principio consagrado en el art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño) es necesario para la interpretación y aplicación de la ley.¹²⁰

¹¹⁶ FARNÓS AMORÓS, E “Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho”, p. 23.

¹¹⁷ MARTINEZ DE AGUIRRE, C. “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre Maternidad Subrogada”, p. 2.

¹¹⁸ MONTERONI, J. “Paradiso, Campanelli y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” Prudentia Iuris, Nº 80, 2015, p. 274.

¹¹⁹ MONTERONI, J. “Paradiso, Campanelli y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” Prudentia Iuris, Nº 80, 2015, p. 275.

¹²⁰ Art 3 de la Convención de los Derechos del Niño:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

Los demandantes pasaron con el niño los primeros meses de vida y afirma el tribunal que, aunque el periodo de tiempo es corto, los demandantes se comportaron con el niño como sus padres, considerando tal tiempo necesario para la existencia de una vida familiar *de facto*.¹²¹

Hay que hacer alusión a varios argumentos importantes que alegan los votos disidentes y que más adelante tienen relevancia importante. Voy a detenerme especialmente en dos aspectos, que giran en torno al concepto de orden público:

El hecho de no registrar el menor, aun siendo un derecho contemplado en la Convención sobre los Derechos del Niño, se ha de tener en cuenta en el sentido de que el Estado no puede permitir la manipulación ilegal de datos relacionados con la identidad del niño. Por lo tanto, nos encontramos con el interés en registrar al niño, pero para satisfacer el interés superior del menor es requisito indispensable resguardar su identidad y no permitir que se registren datos falsos en documentos públicos, violando la plena satisfacción de sus derechos.

Y otro aspecto muy relevante, es la alusión al orden público. Así, el Estado receptor puede denegar la inscripción de la filiación por considerar que el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho. La filiación que se deriva de ese contrato sería contraria a la ley italiana e incompatible con el orden público. Concluyendo que el Estado italiano era libre de no reconocer efectos jurídicos a dicho contrato celebrado en Rusia, por lo que no sería desproporcionado denegar la inscripción y con ello ocasionar como efecto colateral, la retirada del menor respecto de los comitentes.¹²²

Dicho pronunciamiento, por opinión mayoritaria de 5 jueces de 7 que lo conformaron, se tradujo en la condena a Italia, del pago de 20.000 euros a los comitentes por el daño moral causado. En él destaca el argumento del Tribunal según el cual “*la referencia al orden público no puede, sin embargo, otorgar carta blanca para cualquier medida, puesto que el Estado tenía la obligación de velar por el interés superior del menor, con independencia de la naturaleza del vínculo parental, genético o de otro tipo*”¹²³. Con este argumento que alega el Tribunal prioriza el interés superior del menor sobre el orden público.

Es importante señalar que el Tribunal pese a su pronunciamiento, no consideró oportuna la devolución del menor a los requirentes. Llama la atención y parece contradictorio que, si bien afirma que supone una violación al derecho consagrado en el art 8 CEDH, se debería pedir la restitución del menor, pero no fue así.

De igual manera, no se hace referencia a la gestación por sustitución, con el propósito de que, para casos futuros, los Estados miembros deban aceptar los efectos de la gestación por sustitución, sin entrar a valorar la legalidad o no de la práctica.¹²⁴

¹²¹ PANIZA FULLANA. Op. cit., p. 105.

¹²² Vid. MONTERONI, J. “Paradiso, Campanelli y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” *Prudentia Iuris*, Nº 80 (2015). Pág 277-278 Op. Cit., p 277-278.

¹²³FARNÓS AMORÓS, E “Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho”, p. 233-234.

¹²⁴ MONTERONI. Op. Cit., p. 275.

Dicha sentencia fue objeto de recurso por el Gobierno italiano¹²⁵ ante la Gran Sala del TEDH. En su decisión el 24 de enero de 2017, por once votos contra seis, consideró que la actuación por parte de las autoridades italianas de retirar la tenencia del menor al matrimonio italiano no constituye una violación al art 8 CEDH, es decir, no hubo violación al derecho a la vida privada y familiar, si no que había supuesto el legítimo ejercicio de la facultad discrecional del Estado italiano¹²⁶.

Hay que destacar que existen circunstancias especiales que diferencian este caso de los demás y hace que no se pueda extender esta doctrina de forma generalizada a otros casos. Como señalé al principio, supone un giro en la interpretación del Tribunal, pero sobre todo por la concurrencia de los aspectos que veremos a continuación.

En primer lugar, la no existencia de coincidencia genética entre el menor y los comitentes. Muy importante, porque en el caso *Menneson y Labbasee* sí existe tal relación genética. Y la Gran Sala tiene muy en cuenta este hecho para argumentar su resolución definitiva a este asunto.

En segundo lugar, el caso no tenía por objeto la inscripción en el Registro italiano del certificado de nacimiento expedido en Rusia ni el reconocimiento de esa filiación, sino la declaración de desamparo del menor por las autoridades italianas. Dicho de otro modo, los comitentes no reclamaron ante el TEDH que el vínculo de filiación legalmente establecido en Rusia fuera reconocido en Italia, sino que lo que se debatía, eran las medidas adoptadas por las autoridades italianas.

Por último, el menor no era parte en el proceso, ya que había sido separado de los comitentes a los 8 meses de edad, a diferencia de lo que ocurría en los casos *Menneson y Labbasee*. También es un hecho importante, puesto que se debate la duración de la convivencia del menor con los comitentes y supone analizar si en ese breve periodo de tiempo, se puede constituir o no una vida familiar.¹²⁷

La Gran Sala procedió al análisis profundo de diversas cuestiones que suscitan gran polémica y varias de ellas tienen relación con la opinión de los votos disidentes de la resolución que tuvo lugar en 2015.

Como primer interrogante, si existió entre los comitentes y el menor, vida familiar *de facto*. La Gran Sala considera que la duración de la convivencia fue muy breve (apenas 8 meses) y unida a la ausencia de vínculo genético entre éste y los comitentes, lleva a concluir que no era suficiente para crear una vida familiar *de facto*.¹²⁸

Respecto a si hubo injerencia injustificada en la vida privada de los comitentes por parte de las autoridades italianas, es decir, si estaba prevista por la ley y constituye una medida necesaria en una sociedad democrática. En este sentido, la Gran Sala considera que las actuaciones que se llevaron a cabo están justificadas en base a la legislación

¹²⁵Según el art 43 CEDH: “1. En el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de una Sala, cualquier parte en el asunto podrá solicitar, en casos excepcionales, la remisión del asunto ante la Gran Sala”.

¹²⁶ Vid. KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA HERRERA, MARISA LAMM, ELEONORA DE LA TORRE, NATALIA: “La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso “Paradiso y Campanelli c. Italia”, p. 8.

¹²⁷ PANIZA FULLANA. Op. cit., p. 106.

FARNÓS AMORÓS, E “Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho”, p. 234 y 235.

¹²⁸ En contraposición con la resolución de la Secc 2ª del TEDH, que consideraba suficiente la convivencia con el menor durante 8 meses para establecer una vida familiar, aun siendo un periodo breve, ya que los recurrentes se habían comportado como verdaderos padres.

italiana, que como ya mencioné anteriormente, prohíbe la gestación por sustitución. Además, el considerar que el menor no tenía identidad, encontrándose por tanto en situación de desamparo, justificaba la adopción de tales medidas, como la separación del menor respecto de los comitentes. Como bien alegan las autoridades italianas *“Era necesario poner fin a esta situación ilegal, y el único modo de hacerlo era separando al menor de los recurrentes”*.

El hecho de tolerar tal situación creada por los comitentes, equivaldría a legalizarla, contraviniendo importantes normas de Derecho italiano. De ahí, tiene relevancia la opinión del voto particular en la resolución de la Secc 2ª del TEDH, que hace referencia al orden público y que ya traté con anterioridad.

En definitiva, podemos observar el cambio que se produce en la interpretación del TEDH, respecto de la resolución de la Secc. 2ª del TEDH y la Gran Sala en 2017. Un giro radical y que pasa de considerar que la actuación de las autoridades italianas de separar al menor de los cónyuges italianos supone una violación al art 8 CEDH, a posteriormente en 2017 dictaminar lo contrario.

En Italia la gestación por sustitución está prohibida y legalizar la situación en la que se encontraba el matrimonio italiano respecto del menor, que recordemos que no existía vínculo genético entre ambos, supondría un gran obstáculo al orden público. De ahí, que tomaran tales medidas las autoridades italianas, poniendo solución a la situación de desamparo en la que finalmente se encontraba el menor.

Puede afirmarse en síntesis que, en esta sentencia, el TEDH utiliza la cláusula del orden público internacional para rechazar la filiación de un menor legalmente establecida en el extranjero en casos de gestación por sustitución. Por tanto, los Estados partes, pueden imponer restricciones al derecho a la vida privada y familiar mediante normas y prácticas en cuya virtud se niegue la filiación de los nacidos a través de la gestación por sustitución, siempre y cuando se realice un adecuado juicio de ponderación y teniendo en cuenta las circunstancias del caso, sin olvidar que no puede afectar al interés superior del menor.¹²⁹

3.6. LA TESIS DEL TEDH. LA CUESTIÓN DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL DEL ESTADO DE DESTINO.

El TEDH con estos pronunciamientos pone de manifiesto algo esencial para la regulación de la gestación por sustitución en particular, y para el Derecho internacional privado en general, y es la introducción en el orden jurídico del Estado de destino de la certificación registral extranjera que acredita la filiación de los menores nacidos en virtud de gestación por sustitución no solo no daña el orden público internacional del Estado de destino, sino que esta constituye una solución necesaria para defender, proteger y promover el interés superior del menor¹³⁰.

Y para ello TEDH se basa en algo lógico y coherente, que los Estados de destino no parecen haber tenido en cuenta a la hora de denegar la inscripción de la filiación de los nacidos en virtud de esa gestación por sustitución. Y es que el menor nacido en el extranjero tras una gestación subrogada tiene de hecho legalmente atribuida en dicho país

¹²⁹ Vid. CALVO CARAVACA, A.L Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J: “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, p. 95.

¹³⁰ CALVO CARAVACA, AL y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JL. *Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2009, p. 400.

extranjero una identidad jurídica, una filiación y unos apellidos que se corresponden con los de sus verdaderos padres, los comitentes. Así como bien indican CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, “*si dicha identidad no se admite en el Estado de destino se vulnera el derecho a la vida privada del menor que comprende el derecho a su identidad personal. Y si no se permite que la familia formada en el Estado de origen viva como una familia en el Estado de destino, se vulnera también del derecho a la vida familiar*”¹³¹.

Son precisamente esos dos derechos los recogidos en el ya citado artículo 8 CEDH, y que considera el TEDH vulnerado por Francia al no admitir la inscripción de estos menores.

Es más, la no admisión de la filiación en el Estado de destino comporta, perjuicios legales para el menor, pues puede carecer de nacionalidad o de derechos sucesorios respecto de los comitentes. Tenemos que tener en cuenta que el principio del interés del menor, que es un principio superior en cualquier ordenamiento, también en el español, se impone sobre cualquier otro.

La posición del TEDH a este respecto es bastante clara. Establece que, en primer lugar, se tendrá que probar la concurrencia de una serie de circunstancias para poder invocar el orden público internacional del Estado de destino y negar, así como consecuencia inevitable los efectos legales de la filiación legalmente atribuida en el estado de origen. Circunstancias tales como que el menor ha sido objeto de comercio, que la gestante fue engañada y prestó su consentimiento no informado, que vendió sus servicios con exclusivo ánimo de lucro, que fue obligada a prestar servicios porque concurría intimidación, violación o porque por su estado de pobreza y vulnerabilidad tuviera que aceptar el papel de madre gestante, o bien que la madre no quiso en ningún momento renunciar a su patria potestad sobre el menor. Y, en segundo lugar, estas circunstancias deben valorarse en el caso en concreto, no se pueden establecer circunstancias que den lugar a la invocación del orden público internacional de forma abstracta porque dependerá mucho el resultado del caso en el que nos encontremos¹³².

3.7. DISPARIDAD EN LA DOCTRINA JUDICIAL ESPAÑOLA EN RELACIÓN CON LA DEL TEDH.

Tenemos que partir de dos hechos distintos: *a)* Primero, España se sitúa en el grupo de países donde la prohibición de la maternidad subrogada es más rígida; *b)* Segundo, en el ámbito de la UE como ya se ha dicho no existe ninguna normativa armonizadora de las distintas regulaciones que en los estados miembros existen acerca de la validez o no de estos acuerdos, al igual que tampoco existe (que es todavía más grave) una normativa común que garantice en estos casos los derechos del menor¹³³.

En un primer momento, la postura del TS español era radicalmente contraria a la del TEDH. En 2014¹³⁴ el TS denegó, con una votación muy ajustada (5 votos en contra

¹³¹ Ibid., p. 400.

¹³² En este sentido se ha pronunciado la Sent. corte d'appello Bari 13 y 25 febrero 2009 (una decisión inglesa que atribuye la maternidad legal a una mujer que no fue la que dio a luz al menor, todo ello en virtud de un acuerdo de maternidad subrogada, debe ser transcrita al Registro Civil italiano en virtud del interés del superior del menor, que constituye el “*parámetro di valutazione della contrarietà o meno di un atto straniero all'ordine pubblico internazionale*”). Y mucho antes la RDGRN 18 febrero 2009, acerca de unos menores nacidos en California y padres españoles.

¹³³ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS. Op. cit., p. 69.

¹³⁴ STS de 6 de febrero de 2014.

frente a 4 a favor de la inscripción), la inscripción en España de un menor nacido por esta técnica en California a favor de los padres subrogantes. Debido a la clara contradicción entre esta decisión y la seguida por el TEDH en los asuntos *Menesson y Labassee*, el criterio del TS Civil parecía que debía cambiar. Recordemos de nuevo que el Tribunal europeo en estos dos casos consideró que la no inscripción en Francia de los menores nacidos por medio de esta técnica vulneraba el derecho de estos a su vida privada, amparándose en el art. 8 CEDH.

Pero pese a ese necesario cambio de postura, el TS se negó en una nueva sentencia¹³⁵ a cambiar su criterio (de nuevo con 5 votos en contra y 4 a favor), al considerar que a diferencia de lo que ocurría en esos casos resueltos por el TEDH, en España se había protegido adecuadamente a los menores al estar permitido en nuestro país el reconocimiento de la filiación paterna biológica y dar la posibilidad al otro miembro de la pareja (si tal fuera el caso) de iniciar un proceso de adopción. Se entendía que con ello el interés superior del menor estaría lo suficientemente protegido. La solución que defiende, por lo tanto, el TS es que los progenitores a los que no se les ha reconocido la filiación por no haber “lazo biológico” acudan al mecanismo de la adopción para poder acceder al registro civil¹³⁶.

Pese a lo dicho, hay que tener en cuenta, no obstante, la Sentencia de 16 de noviembre de 2016 del TS, que si bien no supone una modificación en la doctrina del propio órgano sí que es novedosa. La Sala de los Social del TS consideró que la nulidad de pleno derecho del contrato o convenio de gestación¹³⁷, no supone que se le deba de privar necesariamente a la madre subrogada de recibir una subvención mientras cuida al hijo menor y tiene reconocida la baja por maternidad.

3.8. REFLEXIONES CRÍTICAS Y ANÁLISIS CRÍTICO. DOCTRINA DEL TEDH.

Deben subrayarse varias consideraciones críticas con respecto a lo que el TEDH ha dicho en relación a numerosas sentencias que ha dictado desde 2014 y en relación a los casos de filiación acreditada en otros países tras una gestión por sustitución. La jurisprudencia de este tribunal a este respecto debe leerse con extremo cuidado y tacto, pues una cosa es lo que el TEDH dice, y otra muy distinta es lo que hace en sus sentencias¹³⁸.

Caben, por tanto, al respecto: *a) Lo que el TEDH dice: la admisión en un país de una filiación constituida en otro país sobre unos menores en casos de gestación por sustitución no es obligatoria.* El TEDH se cuida mucho de imponer a los estados miembros del Convenio de 4 noviembre de 1950 una filiación legalmente acreditada en otro país con relación a estos menores. Pero, si bien no se obliga a nada, la jurisprudencia del TEDH se acaba convirtiendo en un dogma seguido por todos los estados. *b) Lo que el TEDH hace: todo Estado parte en el CEDH debe necesariamente admitir una filiación legalmente acreditada en el extranjero en relación con los menores nacidos e n virtud de gestación por sustitución*¹³⁹. Pese a lo que dice el Tribunal acaba haciendo lo contrario: el razonamiento que sigue conduce necesariamente a la admisión en el Estado de destino de la filiación legalmente establecida y acreditada en el Estado de origen. Pero, si esto no

¹³⁵ STS de 2 de febrero de 2015.

¹³⁶ LEFEBVRE, F, *Maternidad y Paternidad*, Memento de Seguridad Social, 2016.

¹³⁷ Nulidad del contrato de gestación establecida en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo.

¹³⁸ CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Op. cit., p. 404.

¹³⁹ *Ibidem.*, p. 404.

fuera así y el tribunal no reconociera la filiación acreditada en el extranjero, se estaría vulnerando en todo caso el artículo 8 CEDH. Es decir, que se estaría vulnerando el derecho a la vida y a la identidad del menor, y/o el derecho de todos los sujetos implicados a una “vida familiar”.

Por tanto, aunque el TEDH indica que es no necesario ni preciso que los Estados miembros del CEDH procedan a la admisión de la filiación extranjera de los nacidos en virtud de una gestación por sustitución, lo que hace es justamente lo contrario. Para el TEDH la admisión de tal filiación en el estado de destino es SIEMPRE NECESARIA para respetar tanto la vida privada como la identidad de los menores.

Por su puesto, dentro de esta categórica afirmación no estarían incluidos supuestos en los que la intervención del orden público internacional sea razonable y proporcionada, como en casos de explotación o engaño de la mujer gestante.

Por lo tanto y como conclusión, la afirmación del TEDH en el sentido de que todos los estados parte del Convenio disponen de libertad y de un poder discrecional para no reconocer en su orden jurídico interno la filiación legalmente establecida en otro país en favor de los comitentes y derivada de una gestación subrogada, no es más que una frase vaciada completamente de contenido por el mismo tribunal. En verdad esa libertad de los estados de la que habla el Tribunal para denegar el reconocimiento de la filiación legalmente establecida en otro estado es en realidad una libertad “reducida a cero”¹⁴⁰.

3.9. CONCLUSIONES

Tanto en el asunto Labassee, como en el asunto Mennesson, el TEDH admitió la inscripción de la filiación de los niños nacidos a partir de la gestación por sustitución. Y lo ha admitido en base al artículo 8 del CEDH, al considerar que con la no inscripción de la filiación se estaría vulnerando el derecho que tiene los menores a su vida privada, que comprende también el derecho a su identidad personal.

La postura del TEDH es bastante clara al respecto, aunque dice que no puede obligar a los Estados a que necesariamente inscriban a los menores en sus respectivos Registros civiles, lo cierto es que en la práctica el TEDH sí obliga a los Estados a proceder a dicha inscripción. Con ello se estaría consiguiendo una tutela y una protección que los menores no tendrían si de los tribunales de los Estados parte del Convenio dependiera. Pero el problema sigue existiendo, y de hecho no se resuelve dejando todo en manos del TEDH, esperando que sea este el que dicte sentencia y proteja de forma efectiva a estos niños. Antes de acudir al TEDH para obtener una protección de estos menores, cuyo interés está por encima de cualquier otro principio de los ordenamientos internos, se debería llegar a una regulación si no cohesionada en toda Europa, sí al menos llegar a una mínima regulación interna que sea garantista y que proteja a los menores.

Pero, al final, lo que acaba impidiendo que efectivamente exista esa regulación y protección de los menores no es la falta de una regulación interna, sino los prejuicios éticos que siguen existiendo en la sociedad. Ello desvía la atención de lo verdaderamente importante: la protección del interés superior del menor.

¹⁴⁰ Así lo pone de manifiesto el voto disidente contenido en la STEDH 27 enero 2015, *Paradiso et Campanelli vs. Italia, Opinion en partie disidente commune des judges Raimondi and Spano*, FD 15 *in fine*. En este voto disidente se dice que la protección de la identidad del menor cuya filiación ha sido determinada legalmente en el Estado de origen solo puede llevarse a cabo, en el Estado de destino, mediante la admisión de su filiación en dicho Estado de destino tal y como ha sido establecido en el Estado de origen.

No obstante, tenemos que ser conscientes del carácter casuístico de estos pronunciamientos, en ningún caso debe entenderse que estos pronunciamientos del TEDH han creado una doctrina final y unificada. Habrá que estar al caso en concreto porque en estos supuestos son muchos los datos tenidos en cuenta a la hora de tomar una decisión. Ello explicaría porque el Alto Tribunal resuelve de forma contraria en el caso *Paradiso et Campanelli vs. Italia*.

Como ya se ha dicho, en este último caso se dan una serie de circunstancias especiales que lo diferencian de los demás. Supone un giro en la interpretación del Tribunal por la concurrencia de diversos motivos que hacen de este un supuesto excepcional.

A diferencia de lo que ocurriera en *Labassee* y *Menesson*, en *Paradiso* no existía una coincidencia genética entre el menor y los comitentes. Dato este muy importante, puesto que la Gran Sala lo tiene muy en cuenta para argumentar su resolución definitiva y denegar el auxilio a los padres comitentes. Pero, además el otro aspecto relevante a tener en cuenta para poder llegar a entender el cambio de postura del tribunal es el objeto de recurso de los padres comitentes. Este no tenía como fin la inscripción en el Registro italiano del certificado de nacimiento expedido en Rusia, ni tampoco el reconocimiento de esa filiación, sino la declaración de desamparo del menor provocado por las autoridades italianas. En este caso, los comitentes no reclamaron ante el TEDH que el vínculo de filiación legalmente establecido en Rusia fuera reconocido en Italia, sino que lo que se pretendían era que el tribunal se pronunciase acerca de las medidas adoptadas por las autoridades italianas. Y eso es lo que hace que unos y otro caso no sean iguales y no se puedan comparar.

Volviendo a las dos primeras sentencias -*Labassee* y *Menesson*-, y como ya indicara Antonio J. Veda Sánchez¹⁴¹, lo que el TEDH pretendía con estas dos sentencias no era declarar que legislaciones (como la nuestra) que prohíben expresamente la celebración de un acuerdo o convenio de gestación sean contrarias al CEDH. Pero ello no impide admitir que dicho CEDH limita de forma determinante el poder discrecional que tiene los estados para declarar que una determinada situación es o no contraria al orden público interno. El entender contrario al orden público el reconocimiento de la filiación legalmente establecida en un país extranjero por sentencia judicial firme puede lesionar derechos fundamentales tales como el derecho a la vida privada y familiar, o el derecho a la identidad del niño así nacido, todo en base al interés superior del menor.

Y es eso precisamente lo que el TEDH pretende evitar: que se lesionen los derechos fundamentales del niño al entender los estados que el admitir el reconocimiento de esa filiación sería contrario al orden público.

4. TRABAJOS DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA EN MATERIA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

La Conferencia de la Haya es una organización interestatal cuyo principal objeto es unificar las normas de Derecho Internacional Privado de los Estados miembros, intentado aportar una solución a aquellas situaciones en las que se halla implicado más de un país. Las diferencias de las que hablamos entre países traen su causa de los diferentes sistemas jurídicos entre cada uno de ellos.

De este modo, al respecto de la gestación por sustitución, al no estar regulada en la mayoría de los Estados miembros y al existir diferentes regulaciones entre aquéllos que

¹⁴¹ VELA SÁNCHEZ, Op. cit., p. 165.

sí lo han hecho, la Conferencia de la Haya se ha visto motivada a intentar encontrar una solución a esta situación de inseguridad jurídica a través de sus trabajos.

Por definición de acuerdo internacional de subrogación, según la Conferencia de la Haya, se entiende cualquier contrato de gestación por sustitución que involucre a más de un Estado, como resultado de las diferentes residencias y, normalmente, nacionalidades de los padres con intención de realizar el contrato de gestación por sustitución (*intending/commissioning parents*) y de la gestante que contrata con aquéllos.

A continuación, realizaremos una breve exposición sobre la labor llevada a cabo por la Conferencia de la Haya en materia de gestación por sustitución. Antes de comenzar, me gustaría advertir que todos estos trabajos que realiza la Conferencia se hacen en inglés o francés, por ello, en determinados casos, hemos encontrado dificultades en la traducción, pudiendo haber así ciertos errores gramaticales y de expresión en nuestro trabajo que pudieren ser mejorables.

La Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado comenzó a interesarse por la gestación por sustitución en el año 2001. Como resultado de unas consultas informales sobre el futuro ámbito de trabajo de la Conferencia, “el tema de las cuestiones de derecho internacional privado relacionadas con la situación de los niños” y, en concreto, “el reconocimiento de las relaciones entre padre-hijos” fue sugerida como una posible área futura de trabajo de la Conferencia de la Haya.

Posteriormente, en el año 2010, en una reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, se discutió la interacción existente entre el mencionado Convenio y los casos de subrogación internacional. Se llegó a la conclusión de que el número de acuerdos internacionales en materia de gestación por sustitución estaba aumentando rápidamente y se expresó la preocupación por la incertidumbre en torno a la situación de los niños nacidos como resultado de aquéllos contratos. Además, la reunión concluyó que el uso de la Convención de 1993 en casos de subrogación internacional era inapropiada, de este modo la Conferencia de la Haya debería continuar el estudio del derecho legal, especialmente en el ámbito internacional privado, relacionado con la gestación por sustitución. En abril de ese mismo año, el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de la Haya solicitó que la Oficina Permanente realizara una breve nota preliminar (*“brief preliminary note”*) sobre el tema del Consejo de 2011, aquí se reconocieron las complejas cuestiones que para el derecho internacional privado y, consecuentemente, para la protección del niño, suponían el aumento de los acuerdos de gestación por sustitución transfronteriza. En el año 2011 se presenta un documento preliminar bajo el título de “Cuestiones de Derecho internacional privado relativas a la situación de los niños, incluidas cuestiones derivadas de acuerdos internacionales sobre gestación por sustitución” (*“Private International Law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements”*), elaborado por la Oficina Permanente. El fundamento de este documento se haya en que los casos de subrogación internacional implican frecuentemente problemas relacionados con el establecimiento y/o reconocimiento de la filiación legal del niño y las consecuencias legales que derivan de tal determinación (por ejemplo: la nacionalidad del niño, la condición de inmigración, responsabilidad parental del menor...). Esta nota preliminar aborda los desafíos que para el Derecho internacional privado plantean los casos de gestación por sustitución con respecto a la situación de los niños en general. Asimismo, este informe aporta información relevante sobre la gestación por sustitución, especialmente relevante es el análisis que la Conferencia de la Haya realiza sobre el importante impacto económico que tienen estos negocios en la realidad

contractual y de la creciente importancia del “turismo reproductivo”, consecuencia del desplazamiento por los “*intending parents*” a ciertos países, como Estados Unidos, que tienen un sistema flexible de maternidad subrogada. Además, el informe deja claro que los problemas legales existentes en esta área son agudos, de este modo pueden surgir problemas: cuando los “*intending parents*” desean llevar al país donde tienen su domicilio al niño gestado en el extranjero; cuando una vez el niño está en el Estado donde los “*intending parents*” tienen su domicilio pueden surgir problemas a la hora de buscar el registro de nacimiento del menor o se presenta una acción judicial o administrativa para reconocer una sentencia extranjera sobre el origen legal del niño e incluso, más adelante en el tiempo, el problema de incertidumbre en la ascendencia puede plantear dudas en torno a disputas sobre la custodia del menor.

El informe recoge también un elenco de ejemplos relacionados con problemas que se pueden plantear en la gestación por sustitución. Brevemente, considero interesante realizar una pequeña exposición de los ejemplos que aparecen en el informe, pues son casos que perfectamente se pueden producir en la vida real y que son expuestos de forma clara y sencilla, permitiendo un mejor entendimiento de la materia.

En primer lugar, el informe establece qué sucedería si los “*intending parents*” (en adelante IP) y el niño no son capaces de abandonar el Estado A (donde el contrato de subrogación ha sido celebrado, donde es residente la gestante por gestación por sustitución y donde el niño ha nacido) para viajar al Estado B (donde los IP son residentes) por no poder asegurar el pasaporte o la documentación de viaje del niño.

El informe plantea que una pareja de IP residentes y con nacionalidad en el Estado B, encuentran, vía Internet, una agencia de gestación por sustitución en el Estado A, que reconoce y hace cumplir los contratos de gestación por sustitución. Los IP contratan finalmente con una mujer casada y su marido, vía e-mail, los cuales son residentes y están nacionalizados en el Estado A. El contrato afirma que los IP serán los padres legales del niño nacido como resultado del acuerdo y tanto la madre gestante como su marido renunciarán a todos los derechos y responsabilidades del niño. La ley del Estado A considera que el niño es hijo de los IP y sus normas señalan que el niño no adquirirá la nacionalidad del Estado A, así las cosas los IP solicitan en el consulado del Estado B los documentos necesarios para llevar a su hijo al Estado de su residencia, pero el consulado rechaza la solicitud de pasaporte en base a que las leyes del Estado B señalan que la madre gestante y su marido serán los padres legales del niño. En consecuencia, el niño es apátrida y de parentesco incierto. ¿Qué sucederá en estos casos?: 1. Soluciones vía diplomática entre el Estado A y B, como la adopción internacional. 2. El Estado B ajusta sus procedimientos de inmigración para permitir que el niño entre en el Estado B “*outside the rules*”, cumpliéndose algunos requisitos como la obtención de una orden por parte del Juez por la que los IP afirmen que son los padres legales.

En segundo lugar, el informe plantea la cuestión de qué sucede cuando el Estado B no reconoce una sentencia de un órgano jurisdiccional del Estado A que otorga a los IP la paternidad del niño gestado por gestación por sustitución. En este caso, el niño puede viajar al Estado B con los IP, tratando éstos últimos de afianzar el status legal del niño en su nuevo país, buscando el reconocimiento en el Estado B de la sentencia extranjera del Estado A que afirma que los IP son los padres legales, pero el Estado B rechaza el reconocimiento en base a normas públicas. Resultado: el niño reside en un Estado el cual no reconoce a los IP como padres legales. En la mayoría de los casos los órganos jurisdiccionales del Estado B han accedido a una “*special adoption*” del niño por parte de los IP.

En tercer lugar, un último escenario planteado por el informe es qué sucedería si el Estado B no reconoce el certificado de nacimiento del niño gestado por gestación por sustitución otorgado en el Estado A. Actualmente, muchos Estados rechazan reconocer los certificados de nacimiento extranjeros.

Del informe también me gustaría destacar un interesante apartado que versa sobre la institución de la filiación legal en la gestación por sustitución desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado. En primer lugar, hablaré, sin extenderme, sobre los certificados de nacimiento: registro y reconocimiento. En segundo lugar, comentaré la ley aplicable, según el informe, al parentesco legal. En tercer lugar, la institución de la filiación legal por reconocimiento voluntario. Y, por último, trataré, sucintamente, las decisiones relativas a la filiación legal otorgadas por el poder judicial o las autoridades administrativas.

En primer lugar, sobre el registro del nacimiento. Todos los Estados parte de la Convención sobre los Derechos del Niño están obligados por el artículo 7.1 (“*El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento[...]*”). De este modo, es fácil apreciar que los niños nacidos por gestación por sustitución pueden llegar a tener dos certificados de nacimiento diferentes. Así plantea la cuestión el informe, pues es perfectamente factible que un niño tenga certificado de nacimiento en el Estado donde sus padres legales tienen la nacionalidad o la residencia (pues muchos Estados permiten a sus nacionales y, en ocasiones, a sus residentes, registrar a un niño nacido en el extranjero a través de las representaciones diplomáticas y oficinas consulares) y en el Estado donde ha nacido (en virtud del art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Esta situación puede dar lugar a que el niño tenga diferentes padres legales en cada Estado. Sin embargo, el informe concluye, sobre este punto, que de una revisión preliminar realizada no se ha sacado a la luz casos reales donde haya habido diferencias. Al respecto del reconocimiento de certificados de nacimiento extranjeros, algunos Estados tratarán un certificado de nacimiento como una declaración de hecho, no estando sujeta a las reglas sobre reconocimiento de decisiones extranjeras, pudiendo de este modo, las autoridades competentes llegar a la conclusión de que el niño tiene unos padres legales diferentes a los que aparecen en el certificado de nacimiento extranjero. El informe señala que una solución adecuada es la adoptada por los Países Bajos, pues en este Estado las autoridades reconocerán el documento civil extranjero si ha sido elaborado por una autoridad competente en el Estado extranjero, si el hecho jurídico se ha producido en territorio extranjero, si el hecho mencionado aparece en el documento y si el acto jurídico extranjero ha establecido la filiación legal. Sin embargo, no se reconocerá el documento extranjero cuando no se han realizado las verificaciones apropiadas de la filiación legal determinada en el extranjero, cuando el documento contradiga decisiones de los tribunales nacionales o cuando vaya en contra de las leyes nacionales de política pública. En este sentido, el informe alienta a otros Estados a adoptar una normativa más flexible, a la vez que segura, sobre el reconocimiento de certificados de nacimiento extranjeros.

En segundo lugar, sobre la ley aplicable (*applicable law rules*), la filiación legal que surja del funcionamiento de la ley o de un acuerdo particular son diversos. Si bien muchas jurisdicciones se decantan por la *lex fori*, en otras se puede aplicar ya sea alternativamente o en cascada: la residencia habitual, el domicilio, la residencia o nacionalidad del niño, la nacionalidad de uno o ambos padres o la residencia de los mismos. En este sentido, el informe alerta de que la falta de normas uniformes aplicables a la determinación de la filiación legal puede ocasionar potenciales dificultades en casos transfronterizos.

Relacionado con lo anterior, el informe estudia la ley aplicable a una situación de

determinación la filiación legal por reconocimiento voluntario. Así el informe avala que algunas jurisdicciones permiten que un presunto padre (generalmente un padre soltero) reconozca voluntariamente la paternidad ante la autoridad pública competente, en algunas ocasiones se permite que lo haga él sólo, pero, en otras, se requiere el consentimiento de la madre y/o el niño. No obstante, estos sistemas legales consideran el reconocimiento voluntario como una única declaración del hombre afirmando que él es el padre del niño, será el Estado en el cual el niño tiene su certificado de nacimiento el que aplicará sus propias reglas para determinar si el reconocimiento voluntario establece válidamente la filiación legal a favor del padre voluntariamente reconocedor y el problema que señala el informe es que estas reglas difieren significativamente de un Estado a otro. Por ello, el informe aconseja que la validez formal del reconocimiento se determine en base a la ley del Estado en cual dicho reconocimiento se hizo. Importancia da el informe a la *Convención sobre el derecho aplicable al reconocimiento voluntario de niños nacidos fuera del matrimonio*, que aún no ha entrado en vigor por no tener el número ratificaciones necesarias para ello. Esta introduce una norma de conflicto para los Estados que regulan los reconocimientos voluntarios y declara que una vez realizada una declaración voluntaria de reconocimiento conforme a Derecho esta puede ser reconocida en el resto de Estados miembros (*Explanatory Report to ICCS Convention No 18, adopted by the General Assembly in Munich on 3 September 1980*).

Por último, sobre la institución de la filiación legal en la gestación por sustitución desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, el informe estudia las decisiones relativas a la filiación legal otorgadas por el poder judicial o las autoridades administrativas. La determinación del juez competente para resolver cuestiones sobre la filiación legal parece diferir entre Estados. Algunos incluso no tienen reglas específicas en relación con la jurisdicción en asuntos de filiación legal, como pueden ser Francia o los Países Bajos, estos reconducen las cuestiones en torno a reglas generales de materia civil. Otros Estados sí tienen reglas específicas, como Inglaterra, Gales, Alemania o Suecia, usando foros como el del domicilio del demandado (Inglaterra y Gales), la residencia del niño (Alemania y Suecia) o la residencia del presunto padre (España). Otros Estados como Francia y Países Bajos regulan la competencia en base al principio de *forum necessitatis*.

Finalmente, sobre la determinación de la ley aplicable en relación con la determinación legal de la filiación, las investigaciones del informe muestran como en los países de “*common law*” tanto el establecimiento como la impugnación de la filiación legal se someten al principio de *lex fori*. Mientras que en los países de tradición “*civil law*” son otras las reglas utilizadas tales como la ley de la residencia habitual o de la nacionalidad del niño, la ley de la residencia habitual o de la nacionalidad de los presuntos padres, la ley de la nacionalidad de la madre gestante o, en determinadas circunstancias, la ley del foro.

Por último, y, a mi parecer, lo más interesante de este informe (recordamos: el *Preliminary Document No 11 of March 2011*), es el epígrafe que versa sobre “*algunas de las mayores preocupaciones sobre los acuerdos de subrogación internacional*” (*International Surrogacy Arrangements: some of the broader concerns*). En primer lugar, se preocupa de la protección de las personas especialmente vulnerables:

1. El niño: el documento deja claro que los acuerdos de subrogación internacional elevan de manera obvia las preocupaciones sobre la protección de los niños, pues puede surgir un cierto abuso infantil y tráfico de niños consecuencia de los acuerdos. Impactante me ha parecido la narración del caso Huddleston, como un escalofriante recordatorio de los posibles peligros para los niños que los acuerdos no regulados pueden representar. En

este caso sucedió que un hombre de 26 años logró celebrar un contrato de subrogación como padre soltero con una madre en Pennsylvania, todo el trámite fue facilitado por una clínica de fertilidad. La madre subrogada fue artificialmente inseminada con el espermatozoides del “*intending parent*”. En cumplimiento de lo acordado, el niño fue entregado al cuidado del padre un día después de su nacimiento, pero murió seis semanas después como consecuencia de un abuso físico repetido.

2. La gestante (the surrogate mother): el informe muestra su preocupación por el bienestar de las madres, sobre todo ante situaciones en las que las madres aceptan la celebración de estos acuerdos únicamente por cuestiones económicas o, incluso, que puedan verse forzadas a convertirse en “madres sustitutas” por las mafias (así fue el caso relatado y destapado por la BBC el 25 de febrero de 2011 sobre una agencia taiwanesa que coaccionaba e incluso forzaba a madres a convertirse en gestantes por subrogación). El informe también relata que sus investigaciones reflejan que, en Estados como la India una madre gestante puede ganar aproximadamente 10 veces más en un contrato de gestación por sustitución de lo que gana su marido en un año entero trabajando. Por lo tanto, es perfectamente posible que estas mujeres se vean presionadas por sus familias para “*prestar su cuerpo por dinero*”.

3. Intending parents: el informe pone la atención en la falta de información que existe actualmente, convirtiéndose esto en una dificultad significativa para las parejas que desean convertirse en padres a través de agencias internacionales de gestación por sustitución. Detrás de esto está la escasa regulación legal sobre las agencias. También el informe se preocupa sobre los procedimientos criminales que pueden iniciarse contra los *intending parents* como consecuencia de malentendidos o dificultades relacionadas con el certificado de nacimiento del niño.

En segundo lugar, y como conclusión al epígrafe sobre las preocupaciones relacionadas con la gestación por sustitución, el documento propone, para asegurar una futura regulación internacional efectiva en la materia, vías claras de comunicación entre los Estados. Para ello propone el mecanismo de la Autoridad Central (*Central Authority*) utilizado con éxito en el Convenio de La Haya sobre cooperación jurídica.

Como punto final de este informe, trataré el punto sobre “¿Cómo la Conferencia de La Haya puede ayudar en este campo?” (*How can the hague conference assist in this field?*). En este punto, el documento propone un futuro instrumento de Derecho Internacional Privado sobre la determinación e impugnación de la filiación legal. Además propone lo que este instrumento tendría que contener:

- - Reglas uniformes con efectos erga omnes sobre la determinación de la jurisdicción de los tribunales o la competencia de otras autoridades estatales en asuntos de filiación legal.
- - Reglas uniformes sobre ley aplicable.
- - Normas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones.
- - Reglas uniformes sobre la ley aplicable a la determinación e impugnación de la filiación determinada por voluntad legal o por acuerdo.
- - Ley aplicable o principios de reconocimiento relativos al reconocimiento voluntario de la filiación.

En este epígrafe, reconoce el documento que se necesita mucho más trabajo para evaluar con precisión la naturaleza y la magnitud de los problemas prácticos que se generan por la falta de reglas globales uniformes sobre jurisdicción, ley aplicable,

reconocimiento y ejecución en este campo.

Por último, el documento detalla que si hay suficiente interés entre los miembros de la Conferencia de La Haya en comprometerse a realizar trabajos posteriores en las áreas tratadas en este documento, la Oficina Permanente propone al Consejo los posibles siguientes próximos pasos:

1. Debería pedirse a la Oficina Permanente que intensifique su trabajo en los aspectos de Derecho Internacional Privado sobre la determinación e impugnación de la filiación. Deberá asimismo distribuir un cuestionario entre los miembros de la Conferencia con el fin de reunir información sobre las necesidades prácticas en el área, comparaciones sobre el desarrollo producido en el Derecho Internacional Privado y nacional y las perspectivas sobre un futuro consenso global.

2. La Oficina Permanente también deberá ponerse en contacto con profesionales en materia legal y de salud para que muestren la incidencia que tienen en esos ámbitos los problemas que ocurren en esta área.

Este documento preliminar n° 11 examinado recibió una respuesta favorable de los Estados miembros y, en abril de 2011, el Consejo, en un escrito de conclusiones y recomendaciones, solicitó a la Oficina Permanente que intensificase el trabajo en esta área, dando énfasis a las numerosas cuestiones derivadas de los acuerdos internacionales de subrogación. También se solicitó a la Oficina que continuase recabando información sobre las necesidades prácticas en el área, los desarrollos comparativos en el Derecho Internacional y nacional y las perspectivas de lograr un consenso global en la materia, así como en consultar con la “profesión legal y de la salud”. Se solicitó un informe preliminar sobre el progreso para el Consejo de 2012.

En el año 2012, la Conferencia de la Haya continúa con sus trabajos. Por primera vez incorpora, junto al Documento Preliminar (“*A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements*”), un glosario muy útil en el que se recogen conceptos que son ampliamente mencionados en el documento. Resulta curioso como distingue entre acuerdo internacional de subrogación, acuerdo tradicional de subrogación, acuerdo gestacional de subrogación, acuerdo comercial de subrogación y acuerdo altruista de subrogación. Ofreciendo una definición para todos y cada uno de ellos.

Sobre el documento, me centraré en distintos puntos del mismo pero no en todos ellos.

En primer lugar, me parece interesante mencionar el epígrafe sobre “la evolución de un fenómeno a nivel mundial: el acuerdo internacional de subrogación” (“*International Surrogacy Arrangements: the evolution of a worldwide phenomenon*”). La subrogación no es un concepto nuevo, sino que la subrogación tradicional descrita en el Glosario que acompaña este documento se remonta a épocas bíblicas (Génesis, Cap. 30). Sin embargo, el auge actual global que se está aconteciendo en esta materia se debe al desarrollo científico, demográfico, legal y social. Desarrollos científicos como la inseminación artificial y la fecundación in vitro, además el aumento de la infertilidad en numerosos Estados y la flexibilidad legal en ciertos Estados sobre el reconocimiento de nuevos modelos de familia ha permitido el auge de esta “materia contractual”. Asimismo, el documento atribuye el crecimiento de este “negocio” en el siglo XXI a las facilidades introducidas por Internet y los viajes internacionales.

Demográficamente, el informe realiza un estudio sobre el alcance global de este fenómeno, afirmando que datos recientes demuestran que los *intending parents* provienen

de todas las regiones del mundo, estos viajan principalmente al Este de Europa, Asia y Norte América. El número de acuerdos de gestación por sustitución a nivel mundial es imposible de determinar, sin embargo, los datos aportados por 5 importantes agencias dedicadas a este “negocio” muestran que entre 2010 y 2016 el número de solicitudes ha aumentado en un 1000%.

Después de esta interesante evaluación que nos da perfectamente a entender el auge que este negocio ha tenido y está teniendo en las últimas décadas, el documento recoge un análisis de los Estados que prohíben los acuerdos de gestación por sustitución, los Estados que expresamente permiten y regulan la gestación por sustitución y los Estados con un enfoque permisivo sobre la gestación por sustitución, incluso desde el punto de vista comercial. Sobre los primeros el informe, señala que esta prohibición está basada en la violación de la dignidad humana de la madre gestante por gestación por sustitución y del niño. La consecuencia legal de esto es que los acuerdos de gestación por sustitución son nulos de pleno derecho y no ejecutables. En estos países la madre gestante, aunque esté gestando por subrogación, será considerada la madre legal y, en muchos casos, no será discutible. No obstante, la adopción puede ser una vía para los *intending parents* de adquirir la filiación legal, aunque el método más frecuente es, antes de llegar a este punto, viajar a un país más permisivo para celebrar allí un contrato de gestación por sustitución.

Sobre los países que permiten y regulan la gestación por sustitución, el documento señala el crecimiento en los últimos años del número de ellos. Además distingue dos tipos de regulación: por un lado, los Estados que solicitan un proceso de pre-aprobación por las autoridades establecidas al efecto. Por otro lado, los Estados que regulan únicamente un procedimiento de determinación de la filiación legal como resultado de un acuerdo *ex post facto*. Generalmente, en estos últimos Estados, la legislación tiene un enfoque retrospectivo, es decir, se vigila el acuerdo posteriormente a su celebración, para determinar si las condiciones legales se han cumplido o no. Además el informe recuerda que la tendencia en estos países es permitir la gestación por sustitución como un contrato altruista, castigándose penalmente a aquéllas personas que celebren contratos onerosos en esta materia. No obstante, el informe aclara que distinta cosa es pagar “gastos razonables” (“*reasonable expenses*”) a la madre gestante por los costes que la gestación pueda acarrearle, gastos permitidos en estos Estados que permiten y regulan la gestación por sustitución. Asimismo, el documento nos informa de que existe una tendencia creciente entre estos Estados de permitir la gestación por sustitución únicamente cuando al menos uno de los *intending parents* está relacionado genéticamente con el futuro niño. Posteriormente trata los criterios generales que deben cumplir las madres gestantes y los *intending parents* en estos Estados, algo que no me parece relevante comentar. No obstante, sí me quiero detener en el estudio que el documento realiza sobre la filiación legal del niño nacido como resultado de un contrato de gestación por sustitución en los Estados que permiten y regulan la gestación por sustitución. Así se señala que la regla general entre los Estados es que, junto a la autorización para proceder a celebrar el contrato, se acompaña, de facto, una presunción legal de que los *intending parents* son, para todos los propósitos, los automáticamente considerados y registrados como los padres legales del niño en el momento del nacimiento. Finalmente, el informe aclara que la parte que está más protegida legalmente en estos Estados, respecto a posibles renunciaciones en la celebración de estos contratos, es la madre gestante.

Sobre los Estados con un enfoque permisivo sobre la gestación por sustitución, incluso desde el punto de vista comercial. El informe de la Conferencia señala que estos Estados tienen una regulación que se caracteriza por: 1. Los contratos de gestación por sustitución con fines comerciales están permitidos y se practican; 2. Tras la celebración

del contrato, existe un procedimiento legal de determinación de la filiación legal a favor de uno o ambos *intending parents*; 3. No existen requisitos respecto al domicilio o la residencia habitual de los *intending parents*. Se distinguen aquí dos tipos de Estados: aquéllos que, junto a la incentivación del “*medical tourism*”, apuestan por una laxa regulación que favorece gratamente la maternidad comercial (como en India o Tailandia). Y otros que, por motivos legales o constitucionales, carecen de ningún tipo de regulación específica (Uganda). Sobre la adquisición de la filiación en estos Estados, el informe detalla que es ampliamente sencillo en algunos de ellos, bastando, sin más, el consentimiento de la madre gestante en el momento del parto. Mientras que en otros existe una especie de solicitud de parentesco pre-nacimiento ante las autoridades legales. Además muchos de estos Estados exigen la aplicabilidad del contrato, no siendo posible su renuncia ni aún por oposición expresa de la madre gestante, es decir, esta debe cumplir el contrato entregando el niño a los *intending parents* (Rusia). De esta manera, estos Estados se convierten en “centros de negocios” (“*hubs*”) para los acuerdos de subrogación de carácter internacional o transfronterizo, pues el informe señala que muchos *intending parents* de todo el mundo están acudiendo a estos países para asegurarse que se traen a los niños consigo, sin entender que la filiación legal que adquieran allí respecto al niño nacido no será universalmente reconocida.

A continuación, trataré lo que el informe califica como “aproximaciones a los acuerdos internacionales de gestación subrogada”.

En primer lugar, centraré la atención en los Estados que aplican métodos de conflictos de ley (“*conflicts of law*”) o de reconocimiento (“*recognition*”) en torno a la cuestión de la filiación legal determinada en el Estado donde el niño gestado por gestación por sustitución ha nacido.

Sobre la filiación legal, el informe acredita que en los Estados de tradición de derecho civil (“*civil law State*”) la cuestión de la filiación legal del niño nacido en otro Estado será tratada a través de la figura del reconocimiento que, en ocasiones, no se logra en base a políticas públicas del Estado (“*State’s public policy exception*”) donde los *intending parents* pretenden el reconocimiento. Muestra, en este punto, el documento preliminar su preocupación por las consecuencias que de este no-reconocimiento se puedan derivar para el niño. Haciendo un llamamiento indirecto a un acercamiento internacional de posturas en este asunto. En este sentido, alaba aquéllos Estados que han buscado remedios administrativos o judiciales para que, al menos, el niño nacido de un acuerdo de subrogación internacional pueda regresar a “casa” (se pone de ejemplo a pie de página a España y se menciona la Instrucción de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 5 de octubre de 2010), basándose en el interés del niño (así hay numerosos casos jurisprudenciales que ponen por encima el interés superior del niño que la ilicitud que de un acuerdo de subrogación podría derivarse consecuencia de la legislación de un Estado no permisivo). No obstante, al informe le preocupa que esta tendencia jurisprudencial se centre excesivamente en el estado del niño y se deje de lado la naturaleza ilegal del acuerdo conforme al derecho internacional.

Sobre la nacionalidad, el informe señala que será la legislación interna la que habrá que observar a la hora de establecer la nacionalidad del niño nacido como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución de carácter internacional. Pero aclara que es cuestión precedente el tema de la filiación para poder determinar la nacionalidad. Y recuerda la posibilidad de impugnación ante los tribunales de la negativa por parte de un Estado de expedir pasaporte a un niño, consecuencia, por ejemplo, de la negativa de reconocer un

certificado de nacimiento extranjero.

En segundo lugar, me parece apropiado comentar el epígrafe sobre los Estados que aplican la *lex fori* a la cuestión de la determinación de la filiación legal. El informe en este punto deja claro la posición legal que tienen los Estados con tradición de *common law*: en estos países la filiación es vista como una cuestión de hecho (“*matter of fact*”), en lugar de una conclusión de ley (“*conclusion of law*”). Por tanto, el certificado de nacimiento extranjero no puede tener más peso que las disposiciones de la ley interna específica de la materia. Además, en algunos de estos Estados se establece que estas disposiciones se aplican con independencia del lugar de nacimiento del niño, es decir, tienen alcance extraterritorial. Esto da lugar, preocupantemente, a que la determinación de la filiación legal siguiendo la ley interna no equivalga a la filiación legal establecida según la ley extranjera. Quedando siempre, no obstante, la adopción como vía para los *intending parents* de adquirir la filiación legal del niño. Sobre la nacionalidad en estos Estados, también se atiende a las reglas internas de cada país, la diferencia con lo anterior es que estos Estados aplicarán sus normas internas también para determinar la filiación legal.

Por último, para finalizar el comentario del informe quiero hacer alusión al epígrafe sobre “opiniones sobre un posible nuevo enfoque de los instrumentos de subrogación internacional” (“*some initial thoughts on possible approaches to any new instrument on international surrogacy*”). En este interesante epígrafe, el informe alerta de las imposibilidades que tienen las acciones unilaterales de los Estados para solucionar los problemas derivados de los contratos de gestación por sustitución internacionales. De esta manera, aboga por una cooperación multilateral de los Estados miembros de la Conferencia de la Haya, asegurando que los convenios de la Haya pueden constituir fuentes de inspiración para cualquier futuro instrumento como el de adopción internacional de 1993 y el de protección del niño de 1996. Pero, previamente a esta acción multilateral, se requiere identificar las necesidades a tratar:

1. Creación de instrumentos multilaterales que establezcan estructuras y procedimientos que permitan a los Estados asegurar los derechos e intereses de los niños en este fenómeno contractual transfronterizo en vertiginoso auge. Dando lugar a instrumentos que permitan garantizar la determinación de la filiación con reconocimiento internacional, la nacionalidad de los menores y su identificación.

2. Instrumentos internacionales que eviten la explotación de las madres que se ofrecen para gestar: garantizando el cumplimiento de las normas de protección existentes en el contexto internacional e introducción de protecciones adicionales. Se podría lograr a través de acuerdos de reconocimiento mutuo y de confianza entre los sistemas legales del Estado contraparte.

Conclusión del Consejo sobre el documento preliminar del año 2012: asegura que estos informes están dando lugar a progresos en este ámbito y aboga por preparar y distribuir un cuestionario para obtener información más detallada del alcance y la naturaleza de cuestiones de Derecho Internacional Privado que pudieren derivarse de este fenómeno contractual, así como de todas aquellas cuestiones relacionadas con la filiación legal. El Cuestionario tendrá como fin buscar puntos de vista sobre las necesidades que deben abordarse y los enfoques que deben tomarse.

En cuanto a el año 2013, a parte de los cuestionarios que abarcan en tema de la subrogación dirigidos a diversas instancias, como los dirigidos a las agencias de subrogación, los dirigidos a los profesionales de la salud, los dirigidos a los practicantes legales y por último los dirigidos a los miembros de la conferencia de la Haya y a otros

Estados interesados, con el objetivo de conocer su opinión respecto al problema de la subrogación.

En este mismo año también se realiza por parte de la Haya las conclusiones y recomendaciones adoptadas por el consejo, donde se alaba el trabajo de investigación llevado a cabo por la Oficina Permanente, recomendándole que la realiza desde una vía más comparativa. Se toma nota de los progresos que se están dando en materia transfronteriza sobre todo en disputas de menores que facilita la solución de problemas relacionados con la gestación por sustitución, ya que muchos de estos acuerdos se realizan en estados extranjeros distintos a la nacionalidad de los padres. El consejo desde su posición recomienda a la Oficina Permanente lograr un consenso sobre la posición global en materia de subrogación de ahí, que recomiende llevar a cabo una investigación tanto en el ámbito doméstico como privado del derecho internacional.

En el año 2014 se lleva a cabo un amplio trabajo en relación con el estudio legal del parentesco y los problemas derivado de los arreglos internacionales de la subrogación, donde en primer lugar se analiza en su conjunto el derecho internacional en ámbito de parentesco de diversos Estados, en segundo lugar se analizan las reglas de cooperación entre diversos Estados a la hora de gestionar los diferentes problemas relacionados con el parentesco, y en tercer lugar un análisis detallado del fenómeno de la subrogación, y los acuerdos internacionales relacionados con este fenómeno. También en los 2 primeros puntos habla en diversas ocasiones de la subrogación, pero de una manera más general sin meterse en ese análisis detallado.

Vamos a referirnos primero a la regulación del parentesco en el derecho internacional, pero, aunque en este trabajo de la Conferencia de la Haya, se refiere a toda la regulación del parentesco en general y debido a la larga longitud de este trabajo de la Conferencia de la Haya, en lo que nosotros vamos a centrarnos es todo aquello relacionado con la subrogación. En él nos habla de que existen diferentes enfoques a la hora de regular la subrogación, unos estados en los que se encuentra regulada, otros que la rechazan incluso su realización es castigada y otros que la prohíben, pero en determinadas situaciones la permite, por lo tanto, en numerosos estados existe una regulación de este tipo de acuerdos. Esta regulación suele estar muy categorizada en dos opciones a tener en cuenta, una de ellas, minoritaria, donde los Estados regulan la forma en la que se puede optar a esos tipos de acuerdos y otra regulación que se encarga de gestionar la materia relacionada con la situación de los padres y el hijo una vez que este ha nacido, es decir en relación a su situación de parentesco derivada de ese acuerdo de subrogación. Y aquí es donde surge el problema a la hora de establecer el parentesco de los padres que intentan llevar a cabo un acuerdo de subrogación.

Lo que está claro es en aquellos estos en los que no está permitida la subrogación a la hora de establecer la maternidad, la madre biológica será la que adopta esta posición salvo en los casos en los que se permita el nacimiento anónimo o donde no sea obligatorio registrar el a la madre, en cuanto a la paternidad la mayoría de las regulaciones establece que si tuviere marido este sería el que aparecería como tal, salvo que por reconocimiento se establezca que el padre es otra persona o que se establezca lo mismo por medio de una decisión judicial, en ocasiones si es permitido podrán los padres que llevan a cabo el acuerdo adoptar al niño pero esto no se permite en todas las situaciones. En aquellos Estados donde si se permite esta práctica lo normal es que requiera una aprobación previa, y en caso de que se apruebe, en el momento del nacimiento la situación que correspondía a la madre biológica se traslada a la madre legal, en cuanto a la paternidad una vez que se ha producido el nacimiento del niño y la madre legal ha adquirido esa posición lo normal es que el padre legal sea el marido de la madre legal, sin que haya que llevar a cabo

ninguna gestión.

A continuación nos vamos a referir al análisis de las reglas de cooperación entre diversos Estados a la hora de gestionar los diferentes problemas relacionados con el parentesco, que también vamos a intentarlo unirlo con el fenómeno de la subrogación, lo que tenemos que tener en cuenta es que numerosos casos en aquellos territorios donde no se permiten este tipo de acuerdos numerosas parejas acuden al extranjero a llevar a cabo este tipo de prácticas, en este sentido los hijos resultantes de estos acuerdos nacen en un Estado que no es el suyo de origen por lo que tenemos que contemplar las reglas que existen a la hora de inscribir a ese niño en su teórico país de origen. En algunos estados nos encontramos con la prohibición de inscribir el nacimiento de un niño que ha nacido en otro Estado y esto solo será posible en determinadas circunstancias, en otros estados se permitirá inscribir este nacimiento siempre y cuando uno de los padres sea nacional del Estado donde se pretende inscribir el niño. Hay que tener en cuenta que en determinadas situaciones la solicitud de inscripción del nacimiento que se ha producido en un territorio extranjero no es aceptada, ya que en determinados casos se alega la política pública para evitar que en países donde no esté permitida la gestación por sustitución se inscriban estos nacimientos, lo que alegan en estos casos es que la madre biológica no aparece en la inscripción por lo que esta no es aceptada, debido al derecho de los niños de conocer sus orígenes.

Para terminar este trabajo de la Conferencia de la Haya del año 2014, se va a llevar a cabo un análisis detallado de la gestación por sustitución en el ámbito internacional, lo que nos tiene que quedar claro es que la maternidad es un negocio global en auge, que cada vez preocupa más a los estados, esto se debe a que el número de casos de gestación por sustitución ha ido creciendo convirtiéndose en muchos lugares es un tema de interés y preocupación internacional. Existe una gran dificultad para conocer el número de niños que han nacido a través de este procedimiento, pero lo que está claro es que las investigaciones apuntan a que en 5 años el número ha aumentado drásticamente y continúe aumentando de modo que es muy probable que miles de niños nazcan como resultado de estos acuerdos en todo el mundo. Este trabajo de la Conferencia recoge quienes son los Estados que más acuerdos de gestación por sustitución realizan (Tailandia, Rusia...), y también recoge quienes son aquellos Estados de donde viajan más padres para llevar a cabo este tipo de acuerdos (España, Francia...). También en este trabajo establece los costes que producen realizar este tipo de acuerdos entre los que se encuentran: costes médicos (donde se incluye el tratamiento de fertilidad y todos los gastos derivados del proceso), honorarios legales (en muchas ocasiones, es necesario el asesoramiento jurídico en multitud de jurisdicciones), honorarios de la agencia (para lograr acceder a este tipo de acuerdos es necesario contratar una agencia que te lo gestione), madre subrogada (estos acuerdos de gestación por sustitución en numerosos casos son a cambio de una contraprestación para la madre biológica). A parte de los costes que es una dificultad a la hora de llevar a cabo la subrogación existen algunos problemas que se han identificado a la hora de realizar esta practicas:

1. El estatus del niño y de los padres legales: aquí surge el problema de que en un determinado Estado se considera que la relación de parentesco les pertenece pero otro Estado no reconoce esa relación por lo tanto no reconoce a ese hijo como suyo, normalmente surge un conflicto entre el Estado de nacimiento donde normalmente se le otorga la nacionalidad de sus padres legales ya que el niño no puede adquirir la nacionalidad del lugar del nacimiento y el Estado de recepción donde en determinadas ocasiones no reconocen que el hijo sea de los padres legales cuya nacionalidad coincide con la del Estado de recepción por lo que no podría otorgarle este nacionalidad de manera

que se considerara al hijo como un ciudadano extranjero debiendo de tener en cuenta la regulación en materia de inmigración.

2. El bienestar del niño: existen numerosos estudios para demostrar que los niños nacidos por gestación por sustitución tienen más problemas que los nacidos por otros métodos de reproducción asistida, sin embargo, a largo plazo no se ha encontrado ninguna dificultad. Incluido en este tema aparece si el niño tiene derecho a conocer sus orígenes, sin aclarar una solución a este problema, ya que se trata de una situación diferente a la de la adopción por lo que es difícil comparar.

3. Posición de la madre subrogada: existe para los Estados miembros de esta conferencia mucha preocupación en torno a la situación de la madre subrogada, es decir porque no aparece establecido en ninguna regulación los controles que deben de pasar para poder ser madre sustituta, si es ciertos que no existe la misma preocupación en todos los estados ya que hay muchos donde sí se realizan este tipo de controles. Cabe destacar que donde mayor preocupación existe es respecto a las madres subrogadas de la india que apenas pasan controles tanto físicos como psicológicos. También existen situaciones que no solo afectan a los padres legales con el riesgo de perder a el hijo, sino que preocupa también la salud de las madres subrogadas que en multitud de situaciones no son las mejores (por ejemplo, se realizan multitud de cesáreas que son más perjudiciales para la salud que el parto natural)

4. Donantes de gametos: aquí tampoco existe la misma preocupación en todos los Estados, ya que existen regulaciones muy diferenciadas por lo que las prácticas médicas y la atención también son muy variadas.

5. Padres legales: en este caso el problema existe sobre la falta de información respecto al estado legal del niño, muchos abogados advierten sobre esta falta de información la cual puede ser un grave problema para los padres. También ocurre que en muchas ocasiones los padres no pasan controles como en el caso de la adopción donde si es necesario un control del hogar, sin embargo, cada vez más agencias llevan a cabo este control. Lo que hay que llevar a cabo para evitar situaciones preocupantes es que para que se puede llevar a cabo la subrogación los padres legales cumplan unos estándares mínimos para proteger a los niños de futuros daños.

6. La competencia y la conducta de algunos intermediarios: este es una preocupación en el sentido de que esta industria no se mueve por el interés de los menores sino por aumentar las ganancias en este sentido existen numerosas situaciones donde las personas que llevan a cabo estas prácticas no tienen la esperanza necesaria.

7. Aspectos financieros: esta opción no es apta para todos los bolsillos como se ha visto en el desglose de costes, lo que puede ocurrir que en numerosos casos se lleve a cabo una mercantilización de mujeres y niños con el objetivo de ganancias financieras.

8. Actividad criminal: muchas personas incumplen las prohibiciones de subrogación y viajan al extranjero para realizar este tipo de acuerdos, aunque en su país esté prohibido.

Por lo que se refiere a las conclusiones de este trabajo de 2014, estas convenciones juegan un papel muy importante en lo referido al cumplimiento de los acuerdos internacionales y al reconocimiento transfronterizo.

Los trabajos de la Conferencia de la Haya continúan en el año de 2015, en el que se lleva a cabo una actualización en lo referido a la gestación por sustitución. Uno de los principales problemas que localiza este trabajo es que en algunas circunstancias algunos

niños nacidos por medio de acuerdos de subrogación pueden encontrarse en una situación de apátrida, lo que provoca que estos no tengan ninguna nacionalidad lo que es un problema grave. Hay que destacar también los problemas que existen en la India respecto a la gestación por sustitución en el sentido de que cada vez existen más casos de estos acuerdos de manera que esta práctica se está extendiendo cada vez más, pero hay no está el principal problema, sino que al no estar regulada correctamente y existen muchas lagunas lo que lleva a que en algunas situaciones se produzca una violación de los derechos del niño.

Este trabajo de 2015 también tiene en cuenta las Decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, donde la conferencia de la Haya hace referencia a las decisiones de este tribunal, una de ellas fue en el caso de Francia que ante la situación que estaba viviendo donde los ciudadanos franceses acudían a otros territorios para llevar a cabo la gestación por sustitución y luego inscribir ese nacimiento extranjero en el registro francés, ante esta situación lo que decidió hacer el gobierno francés fue denegar esos certificado de nacimiento extranjero a aquellos ciudadanos que hubieran optado por acudir al extranjero, sin embargo este tribunal establece que esta decisión es contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos, ya que podría producir que determinados niños queden en una situación de apátrida. El TEDH establece en estas situaciones de conflicto lo que siempre prevalecerá será la mejor situación del niño, esto que quiere decir que en muchas ocasiones las decisiones que tomen los gobiernos respecto a cómo evitar la gestación por sustitución no solo perjudica a los padres, sino que, en muchas ocasiones, esta decisión también afectaría a los niños. De manera que el reconocimiento de certificados de nacimiento extranjeros no solo puede afectar a la filiación o no de los padres que han acudido a realizar la gestación por sustitución pero también va a afectar a los hijos, por lo que las decisiones de los Estados en esta materia se deberán de realizar de la forma que más beneficie a los niños.

Se ve que en las situaciones en las que se acude a estos vientres de alquiler son cada vez mayores y están aumentando significativamente, lo que está haciendo que muchos estados comiencen a cambiar su posición en lo relativo a la prohibición de este tipo de prácticas o por lo menos al reconocimiento de los hijos fruto de la realización de estas prácticas en el extranjero. De ahí que muchos estén de acuerdo en continuar con este tipo de trabajos para buscar una posible legislación internacional de esta materia en el futuro.

También en este año 2015 se publicaron las conclusiones a este trabajo, se habla de seguir trabajando en este tipo de materias, buscando un reconcomiendo transfronterizo y el cumplimiento de acuerdos en disputas internacionales de menores, para que tenga una aplicación en la práctica.

En el año 2016, se lleva a cabo una reunión de expertos, tanto de estados donde se permite esta práctica como en los que no, en relación con los acuerdos internacionales de subrogación. El grupo reconoció que existen problemas como la paternidad incierta, problemas de inmigración, apátrida del niño... y que se necesitan soluciones comunes para abordar estos problemas. Este grupo de expertos señalo que la mayoría de estados llevan a cabo el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras, pero que habría que llevar a cabo más debates para lograr unificar las normas sobre el reconocimiento de estas decisiones. Se crean unas directrices para facilitar la investigación a estos expertos que se van a reunir.

También vamos a tener que hablar sobre las conclusiones existentes en este año 2016, hablan de seguir llevando a cabo reuniones para elaborar un nuevo informe en el año 2017. El objetivo de los trabajos de 2016 es identificar los problemas y buscar

soluciones comunes, al igual que proporcionar opiniones en el ámbito del parentesco de los niños obtenidos por estos métodos. Hay que tener en cuenta el contexto de los niños nacidos por estos métodos ya que en multitud de ocasiones conectan a más de un Estado, por lo que es de vital importancia las decisiones judiciales sobre todo en el ámbito del reconocimiento.

BIBLIOGRAFÍA:

ÁVILA HERNÁNDEZ, CJ “La gestación por sustitución en el D^o Comparado” *Cadernos de Derecho Actual*, nº6 (2017), pp 313-344, consultado el 14-11-2017.

CALVO CARAVACA, A.L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. Y CASTELLANOS RUIZ, E, *Derecho de Familia Internacional*, Colex, Madrid, 2008.

CALVO CARAVACA, A.L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 2009.

CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, Manual “*Derecho Internacional Privado*”, Vol.II.

CALVO CARAVACA, A.L Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J: “*Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”.

CALVO CARAVACA, A.L. Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional Vol. 3, Nº1*, marzo 2011, p. 247-262.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “El nuevo Auto del Tribunal Supremo sobre gestación por sustitución y la evolución de la jurisprudencia europea”, publicado en <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2015/03/el-nuevo-auto-del-tribunal-supremo.html> (Consultado el 26 de noviembre de 2017).

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. “Inscripción de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, 2010, p. 3.

DURÁN AYAGO, A. “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado, Tomo 12, Iprolex 2010*, p. 265-308.

DURÁN AYAGO, A. “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Menesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11) de 26 de junio de 2014: Interés superior del menor y gestación por sustitución”, *AIS: Ars Iuris Salamanticensis*, 2014, p. 280-282. Disponible en: <http://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/12785> (consultado el 28 de noviembre de 2017).

DURÁN AYAGO, A. “Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (ROJ: STS 247/2014). Gestación por sustitución: problemas en la determinación de la filiación en España”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, diciembre 2014, p. 277-279.

“*Gestación Subrogada en EEUU*”, disponible en www.universalsurrogacy.com/la-gestacion-por-sustitucion-en-los-estados-unidos-variado-panorama-legal, consultado el 9-11-2017.

“*Gestación Subrogada en EEUU*” <https://www.babygest.es/estados-unidos/>”, consultado el 9-11-2017.

“Gestación Subrogada en México”, disponible en <https://interfertility.es/gestacion-subrogada-mexico>, consultada el 14-11-2017.

FARNÓS AMORÓS, E, “La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia”.

FARNÓS AMORÓS, E, “Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho”.

FERRER VANRELL, M.P. “La discutible constitucionalidad de la instrucción de la DGRN 5-10-2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos por gestación de sustitución”, 2013. P. 57-76. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5594816>. (Consultado el 25 de noviembre de 2017).

FLORES RODRÍGUEZ, J, “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014”, *Diario La Ley*, 2014.

“How to have a baby by surrogate in the UK”, disponible en <http://www.telegraph.co.uk/women/mother-tongue/11583545/How-to-have-a-baby-by-surrogate-in-the-UK.html>, consultado el 14-11-2017.

Human Fertilisation and Embryology Act, 2008 (publicación on line) http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/pdfs/ukpga_19900037_en.pdf, consultado el 14-11-2017.

Informe del Comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la gestación por sustitución. Madrid, a 19 de Mayo de 2017.

“La difusión del fenómeno de la gestación por sustitución en Marruecos”, disponible en <https://www.maghress.com/telexpresse/13602>, consultado el 14-11-2017.

LAMM, ELEONORA “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *Indret*, 2012, consultado el 14-11-2017.

“La regulación de la gestación subrogada, de país a país”, disponible en <http://www.20minutos.es/noticia/2744893/0/gestacion-subrogada-paises/>, consultado el

JIMENEZ MARTINEZ, M.V. "La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales", 2010. Pp. 376-377. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4133484>. (Consultado el 26 de noviembre de 2017).

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA HERRERA, MARISA LAMM, ELEONORA DE LA TORRE, NATALIA: “La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso “Paradiso y Campanelli c. Italia”.

LAMM, E, “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias el Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto”, *Ars Iuris Salamanticensis*, 2014.

LAMM, E., “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, *Ars Iuris Salamanticensis*, 2016, p. 87-88.

LEFEBVRE, F, *Maternidad y Paternidad*, Memento de Seguridad Social, 2016.

“Marruecos considera la procreación a través de la gestación por sustitución”, disponible en <http://www.sayidaty.net/node/408311/-/المغرب-أسرة-ومجتمع/أخبار-أسرة-ومجتمع> يتيح الإنجاب عن طريق تأجير الأرحام consultado el 14-11-2017.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre Gestación por sustitución”, *Artistas*, 2017.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre Gestación por sustitución”, *The family watch*, 2017.

MONTERONI, J. “Paradiso, Campanelli y un contrato internacional de gestación por sustitución ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” *Prudentia Iuris*, Nº 80, 2015.

MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. “La inscripción de los hijos de españoles nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la Sentencia TS de 6 febrero 2014”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 1, 2014.

NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P, *La maternidad. Nuevas realidades en el derecho de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2017.

PANIZA FULLANA, A, *Realidad biológica versus realidad jurídica: el necesario replanteamiento de la filiación*, Aranzadi, Navarra, 2017.

PÉREZ MONGE, M, *La Filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Fundación Beneficentia et Perita Iuris, Madrid, 2002.

POLO GARCÍA, S., “¿Gestación subrogada o vientre de alquiler?”, *Revista de Jurisprudencia*, 2017, consultado el 26 de noviembre de 2017.

RODRÍGUEZ PINA, GLORIA, “El país”, ED: 04-07-2017.

RUIZ BALCÁZAR, MONICA VICTORIA Y VALDÉS MARTÍNEZ, MARIA DEL CARMEN “Dilemas sobre la gestación por sustitución en México”.

SALGADO, S. “Gestación por sustitución en UK”, disponible en www.babygest.es, consultado el 14-11-2017.

SALVADOR GUTIÉRREZ, S. “Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución”, 2012. Recuperado de: http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Reconocimiento-determinacion-extranjero-gestacion-sustitucion_11_455680009.html. (Consultado el 25 de noviembre de 2017).

Surrogacy Arrangements Act, 1985 (publicación on-line) disponible en http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/pdfs/ukpga_19850049_en.pdf, consultado el día 14-11-2017.

“Técnicas de Reproducción asistida” disponible en www.reproduccionasistida.org, consultado el 9-11-2017.

VAQUERO LÓPEZ, C. “La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4, 2015, p. 1-2 y 107-116.

VAQUERO LÓPEZ, CARMEN, “Gestación por sustitución, orden público y Ley del Registro Civil”, *Lex Nova Blogs*, 2012.

VELA SÁNCHEZ, A. J., “Erre que erre: el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”, *Diario La Ley*, nº 8600, de 8 de septiembre de 2015. Consultado el 28 de noviembre de 2017.

VELA SÁNCHEZ, A.J, *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas*, Reus, Madrid, 2017.

VILAR GONZÁLEZ, SILVIA, “*Situación actual de la gestación por sustitución*”, *Revista de Derecho UNED*, 2013-2014, nº14.